

KONVENSJONEN OM KLASSEAMMUNISJON – EN NY HUMANITÆRRETTLIG NORM?



Universitetet i Oslo
Det juridiske fakultet

Kandidatnummer: 603
Leveringsfrist: 25. november 2009

Til sammen 17.815 ord

25.11.2009

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING</u>	<u>1</u>
1.1	Tema	1
1.2	Problemstillinger	2
1.3	Avgrensning	3
1.4	Oversikt over framstillingen videre	3
<u>2</u>	<u>KLASEAMMUNISJON, UTVIKLING, KARAKTERISTIKA OG PROBLEMER</u>	<u>4</u>
2.1	Bakgrunn	4
2.2	Virkemåte	5
2.3	Det humanitære problemet	6
<u>3</u>	<u>KONVENSJONEN OM KLASEAMMUNISJON</u>	<u>6</u>
3.1	Forhandlingshistorikk	7
3.2	Sentrale artikler	9
3.2.1	Fortalen mv	9
3.2.2	Artikkel 1, Alminnelige forpliktelser og virkeområde	9
3.2.3	Artikkel 2, Definisjoner	10
3.2.4	Artikkel 3, Lagring og ødeleggelse av lagre	11
3.2.5	Artikkel 4, Rydding og ødeleggelse av etterlatenskaper etter klaseammunisjon og opplæring i risikoreduksjon	11
3.2.6	Artikkel 9, Nasjonale gjennomføringstiltak	12
3.2.7	Artikkel 11, Statspartsmøtet	12
3.2.8	Artikkel 17, Ikrafttredelse	12
3.2.9	Artikkel 18, Midlertidig anvendelse	13
		I

3.2.10	Artikkel 19, Reservasjoner	13
3.2.11	Artikkel 21, Forhold til stater som ikke er part i denne konvensjonen	13
3.2.12	Andre artikler	14
3.3	Vurdering av konvensjonens innhold	14
3.4	Parter i konvensjonen	14
<u>4</u>	<u>DOMSMYNDIGHET, RETTSLIG GRUNNLAG OG RETTSPRAKSIS</u>	<u>15</u>
4.1	Nasjonalt	15
4.2	Internasjonalt	15
4.3	Rettspraksis	16
4.3.1	Norsk rett	17
4.3.2	ICJ	17
4.3.3	ICTY	18
<u>5</u>	<u>INNLEDENDE BETRAKTNINGER OM KRITERIER FOR FOLKERETTSLIG SEDVANERETTSdannelse</u>	<u>19</u>
5.1	Praksis (usus)	20
5.1.1	Bevis for foreliggende praksis	20
5.1.2	Vurdering av praksis	21
5.2	Oppfatningen om gjeldende rett (opinio juris)	23
5.3	Humanitær vektlegging	25
5.4	Traktaters innvirkning på folkerettslig sedvane	26
5.5	Oppsummering	27
<u>6</u>	<u>KONVENsjonen om klaseammunisjon som sedvanerett</u>	<u>27</u>
6.1	Praksis (usus)	28

6.1.1	Bevis for foreliggende praksis	28
6.2	Oppfatningen om gjeldende rett (opinio juris)	30
6.2.1	USA	31
6.2.2	Russland	31
6.2.3	India	32
6.2.4	Pakistan,	32
6.2.5	Kina	32
6.2.6	Brasil	33
6.2.7	Israel	33
6.2.8	Finland	33
6.2.9	Samlende tråder om opinio juris	34
6.3	Muligheten for reservasjon	35
6.4	Traktaters innvirkning på folkerettslig sedvane	35
6.5	Humanitær vektlegging	35
6.6	Sammenligning med Minekonvensjonen	36
6.6.1	Bakgrunn og utvikling	36
6.6.2	Minekonvensjonens innhold	37
6.6.3	Parter i Minekonvensjonen	38
6.6.4	Minekonvensjonen i ICRCs sedvanerettsstudie	38
6.6.5	Sammenligning	39
6.7	Delkonklusjon folkerettslig sedvanedannelse	40
<u>7</u>	<u>KLASEAMMUNISJON OG HUMANITÆRRETTLIGE PRINSIPPER, SEDVANERETT OG ANDRE TRAKTATER</u>	<u>41</u>
7.1	Humanitærrettslige prinsipper og humanitær sedvanerett generelt	41
7.1.1	Oversikt	41
7.1.2	Militær nødvendighet og humanitet som generelle prinsipper	42
7.1.3	Distinksjonsprinsippet	43
7.1.4	Proporsjonalitet	45
7.1.5	Forholdsregler under angrep	46

7.1.6	Unødig skade eller unødvendig lidelse	46
7.2	Genève-konvensjonene av 1949 og Tilleggsprotokoll I og II av 1977	47
7.2.1	Oversikt	47
7.2.2	Tilleggsprotokoll I	48
7.2.3	Sammenligning	50
7.2.4	Tilleggsprotokoll II	51
7.2.5	Sammenligning	52
7.3	CCW	52
7.3.1	Oversikt	52
7.3.2	CCW revidert Protokoll II	53
7.3.3	Sammenligning	54
7.3.4	CCW Protokoll V	55
7.3.5	Sammenligning	56
7.3.6	CCW forhandlingene om klaseammunisjon	56
7.3.7	Sammenligning	57
7.4	Delkonklusjon humanitærrettslige prinsipper, sedvanerett og andre traktater	58
<u>8</u>	<u>KONKLUSJON</u>	<u>58</u>
<u>9</u>	<u>HENVISNINGER</u>	<u>61</u>
9.1	Litteratur	61
9.2	Nettdokumenter/steder	62
9.3	Norske forarbeider	63
9.4	Rettsavgjørelser etc.	63
9.5	Samtaler/henvendelser	64
9.6	Traktater	64

1 Innledning

1.1 Tema

Klaseammunisjon (klasebomber) kan grovt sett beskrives som en beholder som inneholder mer enn ett eksplosivt sprenglegeme. Under bruk åpnes beholderen og de enkelte sprenglegemene spres utover i målområdet. Slik ammunisjon kan leveres fra fly, artilleri, raketter eller helikoptre. Ammunisjonen er teknisk komplisert og virker ikke alltid som den skal. Når klaseammunisjon ikke virker som den skal etterlater den mange blindgjengere som er til fare og ulempe for sivilbefolkningen. Slike blindgjengere belaster i stor grad humanitær rydding av udetonerte eksplosiver etter konflikter.

Norge tok høsten 2006 initiativ til å få i stand et folkerettslig bindende forbud mot klaseammunisjon som kan medføre uakseptabel skade for sivilbefolkningen. Initiativet var basert på norske og internasjonale frivillige organisasjoners erfaring med humanitært arbeid og rydding av eksplosiver i konfliktområder samt manglende framdrift i forhandlingene om klaseammunisjon i FN-regi. Det første møtet fant sted i Oslo i februar 2007 og ble starten på Oslo-prosessen, som ledet fram til en rettslig bindende internasjonal avtale: Konvensjonen om klaseammunisjon/Convention on Cluster Munitions (CCM) slik den framgår av St.prp. nr. 4 (2008–2009) og Ot.prp. nr. 7 (2008-2009). Konvensjonen innebærer forbud mot bl a produksjon, lagring, og bruk av klaseammunisjon både i internasjonale og interne konflikter.

Konvensjonen om klaseammunisjon har hittil fått tilslutning fra 100 stater, altså vel halvparten av verdens stater. Imidlertid har mange store og viktige stater holdt seg helt borte fra Oslo-prosessen, og de vil neppe uten press gi opp muligheten til å nytte klaseammunisjon. I denne gruppen finner man stater som har brukt klaseammunisjon, har produksjon og eksport av slik ammunisjon eller har store lagre av den.

For å oppnå den humanitære målsettingen med Konvensjonen om klaseammunisjon er det av betydning at alle, eller i alle fall de langt fleste av verdens stater overholder

konvensjonens forbud. Det er derfor interessant å se nærmere på om forbudet i Konvensjonen om klaseammunisjon vil få innvirkning også på stater som ikke slutter seg til den. Målet med denne masteroppgaven er å belyse om Konvensjonen om klaseammunisjon vil befeste seg som en internasjonal rettsnorm som alle stater vil velge å rette seg etter. En slik intensjon ligger etter min mening bak hele Oslo-prosessen og formuleringene i St.prp. nr. 4 (2008–2009): ”Det er ønskelig at det raskt etableres bred tilslutning til den nye internasjonale humanitære norm som konvensjonen etablerer.”¹ og: ”Slik bidrar konvensjonen til å etablere en ny og viktig internasjonal norm innen dette felt som vil kunne påvirke alle aktørers adferd i konflikt- eller krigssituasjoner i fremtiden”.² Tilsvarende er det uttalt i Ot.prp. nr. 7 (2008–2009): ”Slik bidrar konvensjonen til å etablere en ny og viktig internasjonal norm som påvirker enhver parts atferd i framtidige konflikter”.³

1.2 Problemstillinger

Den normative virkningen av Konvensjonen om klaseammunisjon var sterkt fokusert under Oslo-prosessen, og er trukket fram både i stortingsproposisjonen og odelstingsproposisjonen (jf. avsnitt 1.1 ovenfor). For alle de 100 statene som per 12.10.2009 har undertegnet konvensjonen er den politisk bindende, og den blir rettslig bindende ved ratifikasjon (eller sidestilt akt, se konvensjonen art. 16). For at Konvensjonen om klaseammunisjon skal få betydning som rettslig norm er det for det første nødvendig at de statene som har undertegnet også ratifiserer raskt slik at konvensjonen trer i kraft, dernest at tilslutningen øker ved at flere stater ratifiserer. Det vil også være av stor betydning for den normative virkningen av konvensjonen dersom også stater som ikke ratifiserer, i praksis vil følge dennes reguleringer.

Derfor er det interessant å se nærmere på:

¹ St.prp. nr. 4 (2008–2009) s. 5 andre spalte, andre avsnitt.

² Ibid s. 14 første spalte, første avsnitt.

³ Ot.prp. nr. 7 (2008–2009) s. 6 andre spalte, første avsnitt.

- 1) Vil forbudet i Konvensjonen om klaseammunisjon oppnå status som folkerettslig sedvane?
- 2) Vil forbudet utfylle og kompletterer andre humanitærrettslige traktater slik at brudd lettere kan forfølges rettslig?
- 3) Vil forbudet styrke overholdelsen av generelle humanitærrettslige prinsipper og sedvanerett?

1.3 Avgrensning

Oppgaven fokuserer på hvordan stater bindes og påvirkes av Konvensjonen om klaseammunisjon, og tar ikke opp rettsspørsmål i tilknytning til at klaseammunisjon kommer i hendene på ikke-statlige organisasjoner eller terroristgrupper.

Andre faktorer enn de humanitærrettslige har hatt innvirkning på Oslo-prosessen og vil sannsynligvis innvirke på gjennomføringen av konvensjonen. Jeg nevner som eksempel militær nytteverdi, opinionsdannende og praktiske bidrag fra frivillige organisasjoner og endrede markedsforhold. Disse temaene er ikke berørt i oppgaven, da jeg anser at de er av ikke-rettslige karakter.

1.4 Oversikt over framstillingen videre

For å legge grunnlaget for masteroppgaven og sørge for en felles oppfatning av hva som menes med klaseammunisjon vil jeg først beskrive denne ammunisjonstypen og identifisere de karakteristika ved den som innebærer en humanitær utfordring (avsnitt 2). Deretter redegjør jeg nærmere for konvensjonens bakgrunn, materielle innhold samt hvilke parter som har deltatt i forhandlingene og sluttet seg til den endelige traktaten (avsnitt 3). Som et utgangspunkt for å vurdere folkerettslig sedvane ser jeg kort på hvor domsmyndigheten er plassert og hvilke rettslige grunnlag som kan komme til anvendelse (avsnitt 4). I avsnitt 5 gjennomgås kriteriene for folkerettslig sedvanerettsdannelse. Dette danner basis for å undersøke potensialet for at konvensjonen vil bli folkerettslig sedvane (avsnitt 6), herunder foretas sammenlikning med Konvensjonen om forbud mot bruk, lagring, produksjon og

overføring av antipersonellminer og om ødeleggelse av slike miner, Minekonvensjonen.⁴ I avsnitt 7 ser jeg på hvilke andre humanitærrettslige prinsipper, sedvanerett og traktater som kan komme til anvendelse på klaseammunisjon. Hensikten er å identifisere hvordan Konvensjonen om klaseammunisjon påvirker og utfyller slik at stater som ikke slutter seg til likevel følger reglene i Konvensjonen om klaseammunisjon. Konklusjonen følger i avsnitt 8.

2 Klaseammunisjon, utvikling, karakteristika og problemer

2.1 Bakgrunn

Ideen om å spre et stort antall eksplosive ladninger fra samme beholder går tilbake til Annen verdenskrig da det tyske flyvåpnet brukte slike bomber mot britiske havner.⁵ Ladningene ble kjent som *butterfly bombs* på grunn av konstruksjonen med sommerfugllignende vinger. Sovjetunionen utviklet tilsvarende ammunisjon på samme tid under benevnelsen OKT 1.5, et system som har vært i bruk til nylig og som blant annet ble brukt i Afghanistan i forbindelse med invasjonen i 1979.

Konseptet ble kopiert og videreutviklet av USA under betegnelsen M83. Denne typen ble først benyttet i Korea og Indokina. Derneft fulgte utviklingen av *Dual Purpose Improved Conventional Ammunition (DPICM)* for artilleri som ble brukt under de senere stadier av Vietnamkrigen. Denne typen spilte en stor rolle under den kalde krigen med tanke på bekjemping av store infanteri- og panserstyrker. Videre utvikling og produksjon av ammunisjonstypen og videre spredning har medført at ammunisjonen er brukt i en rekke krigsområder, for eksempel i Georgia, Libanon, Serbia og Irak.

Den påståtte nytteverdien i militære operasjoner samt relativt stor produksjon og spredning av ammunisjonstypen er momenter som har gjort det vanskelig å utvikle

⁴ St.prp. nr. 73 (1997–1998) og Ot.prp. 72 (1997–1998).

⁵ Dullum (2008) s. 11.

substansielle restriksjoner for klaseammunisjon. I tillegg hevdes fra enkelte hold at det vil være en teknologisk utfordring og dyrt å utvikle alternative løsninger som fattige land kan få tilgang på. Dette har spesielt kommet til syne under forhandlingene innen rammen av Konvensjonen om visse konvensjonelle våpen – Convention on Certain Conventional Weapons (CCW).

På tross av ammunisjonstypens lange utviklingsperiode og de senere års forsøk på å forhandle om klaseammunisjon i CCW har det vært vanskelig å enes om en definisjon. I rapporten *Cluster weapons – military utility and alternatives*, utarbeidet i forbindelse med Oslo-prosessen, framsatte Forsvarets forskningsinstitutt (FFI) i 2008 følgende arbeidsdefinisjon:⁶

”A cluster weapon consists of a container that opens up in air and releases several subunits each containing any injurious compounds such as gas, explosives or pyrotechnic substances.”

I tillegg til definisjonen er det en indikativ liste på hvilke kjente ammunisjonstyper som kunne tenkes å komme inn under den framsatte definisjonen. Både elementer fra definisjonen og deler av listen over ammunisjonstyper er blitt reflektert i definisjonen den framgår av Konvensjonen om klaseammunisjon.

2.2 Virkemåte

Som det framgår av definisjonen er hovedpoenget at flere *subunits* (substridsdeler) med skadevoldende innhold, vanligvis sprengstoff, frigjøres fra en større beholder. Hensikten er å spre de enkelte substridsdelene utover det aktuelle målområdet. I denne forbindelse trer hovedproblemene med bruk av klaseammunisjon fram. For det første kan det være vanskelig å levere beholderen med slik nøyaktighet at substridsdelene lander der de skal. Dette er særlig framtreddende om klaseammunisjon leveres fra fly, noe mindre dersom den skytes ut med artilleri eller raketter. For det andre spres substridsdelene i et relativt stort

⁶ Ibid s. 12.

nedslagsfelt i den hensikt å treffe og ødelegge militære mål i området. Samtidig er det ingenting ved teknologien i substridsdelene som gjør at de i seg selv skiller mellom militære og sivile personer eller sivile objekter innen eller i nærheten av målområdet. I tillegg kommer at substridsdelene er teknologisk kompliserte og oftest medfører mange blindgjengere. Blindgjengerandelen har vært et sentralt tema både under forhandlingene i CCW og i Oslo-prosessen. Laboratorietester har vist resultater ned mot 1,5–2 % blindgjengerandel mens den har vist seg langt høyere ved operativ bruk. FFIs undersøkelse i samarbeid med Norsk Folkehjelp og C King Associates Ltd i Libanon konkluderte med rundt 10 % blindgjengerandel.⁷

2.3 Det humanitære problemet

Alle de nevnte problemene innebærer fare for sivilbefolkningen under kamphandlinger dersom militære mål ikke skilles fra sivile personer eller objekter. Blindgjengerproblemet er en risiko og varig ulempe for sivilbefolkningen også etter at kamphandlingene er opphørt, fordi ueksploderte substridsdeler lett detonerer om de blir rørt eller flyttet på. Det siste medfører svært mange dødsfall og skader blant sivilbefolkningen og vil være til hinder for gjenoppbygging, jordbruk ol. Allerede i utgangspunktet kan man derfor spørre om bruk av klaseammunisjon kommer på kant med humanitærrettens generelle forbud mot bruk av våpen som påfører unødig skade eller medfører unødvendig lidelse.⁸

3 Konvensjonen om klaseammunisjon

Konvensjonen om klaseammunisjon, Convention on Cluster Munitions (CCM) er en folkerettslig traktat. Den hører hjemme på det humanitærrettslige området og har nær sammenheng med militær folkerett. Konvensjonen har som siktemål å eliminere de

⁷ Dullum (2007) s. 6.

⁸ Genève-konvensjonene av 1949, Tilleggsprotokoll I art. 35.

negative konsekvensene for sivilbefolkningen under og etter krigshandlinger ved å forby ammunisjonstypen.

3.1 Forhandlingshistorikk

Klaseammunisjon er en spesifikk våpentype som i prinsippet faller inn under CCW. Denne konvensjonen er en paraplykonvensjon for forhandlinger om nærmere forbud mot og begrensninger av slike konvensjonelle våpentyper som kan medføre unødig skade eller som kan ramme vilkårlig. CCW ble forhandlet fram i 1979 og 1980 i regi av FN. Norge ratifiserte konvensjonen 7.6.1983 og har sluttet seg til alle de tilhørende protokollene.⁹

Klaseammunisjon har fra 2002 vært behandlet i CCW og arbeidet vil fortsette til inn i 2010 (jif avsnitt 7.3.6). Det har i dette forum vist seg svært vanskelig å forene synspunktene til stater som ønsket et totalforbud eller omfattende begrensninger, og stater som bare var villige til begrensede reguleringer. I sistnevnte gruppe finner man stater som selv produserer klaseammunisjon, eksporterer klaseammunisjon, besitter store lagre av slik ammunisjon eller framstår som mulige brukere av den. I denne gruppen finner vi Brasil, India, Israel Kina, Pakistan, Russland og USA med flere. Finland står i en liknende posisjon og legger vekt på forsvaret av eget territorium. De to syn har ikke vært forenlige innenfor rammen av CCW til tross for mange forhandlingsrunder.

Da det i november 2006 ikke ble enighet om konkrete forhandlinger om en egen protokoll for klaseammunisjon i CCW, inviterte Norge alle interesserte stater, frivillige humanitære organisasjoner, FN og Den internasjonale Røde Kors-komiteen (The International Committee of the Red Cross, ICRC) til å innlede en ny uavhengig prosess for å komme fram til et rettslig bindende internasjonalt forbud mot klaseammunisjon.

Under den påfølgende konferansen i Oslo i februar 2007 sluttet 49 stater seg til Oslo-erklæringen som la grunnlaget for det videre arbeidet.¹⁰ Erklæringen satte følgende mål for det videre arbeidet:

⁹ St.prp. nr. 57 (1982–1983) og kgl.res. 25.3.1983.

¹⁰ Oslo Conference on Cluster Munitions, 22–23 February 2007 Declaration
<http://www.banclusterbombs.org/documentarchive/espace-presse/>.

”Conclude by 2008 a legally binding international instrument that will: (i) prohibit the use, production, transfer, and stockpiling of cluster munitions that cause unacceptable harm to civilians ...”

Dette ble starten på Oslo-prosessen som fikk bred oppslutning fra humanitære frivillige organisasjoner under paraplyen Cluster Munitions Coalition (CMC), FN og Den internasjonale Røde Kors-komiteen – The International Committee of the Red Cross (ICRC). Prosessen ble drevet fram av en kjernegruppe av stater som i tillegg til Norge bestod av Irland, Mexico, New Zealand, Peru, Østerrike og Vatikanstaten. Det ble holdt en serie konferanser og tematiske møter underveis mot diplomatkonferansen i Dublin i mai 2008, der konvensjonen ble vedtatt. Til sammen 107 stater deltok under forhandlingene i Dublin, og ytterligere 20 deltok som observatører.

Konvensjonen ble åpnet for undertegning under en seremoni i Oslo 3. desember 2008, og er åpen for undertegning ved FN-hovedkvarteret i New York. For Norges del ble inngåelse av Konvensjonen om klaseammunisjon behandlet i Stortinget høsten 2008. Innst.S. nr. 27 (2008–2009) ble vedtatt 20.11.2008, Innst.O. nr. 9 (2008–2009) ble behandlet i Odelstinget 20.11.2008 og i Lagtinget 25.11.2008 uten innsigelser. Norsk ratifikasjon ble godkjent ved kgl.res. 28.11.2008. Med denne saksbehandlingen kunne Norge deponere sine ratifikasjonsdokumenter samtidig med undertegningen i Oslo. Norge har dessuten erklært at man vil overholde konvensjonens forbud i perioden inntil den trer i kraft.

Til sammen 91 andre stater undertegnet under seremonien, og to land i tillegg til Norge deponerte sine ratifikasjonsdokumenter samtidig.

3.2 Sentrale artikler

3.2.1 Fortalen mv

Målsettingen fra Osloerklæringen er videreført i konvensjonens fortale:¹¹

”De stater som er part i denne konvensjon *som er dypt bekymret* over at sivilbefolkningen og sivile enkeltpersoner fortsatt må bære hovedbyrden av væpnet konflikt, *som er fast bestemt på* å bringe til varig opphør den lidelse og de tap av menneskeliv som forårsakes av klaseammunisjon ved bruk, når den ikke virker som forutsatt, eller når den etterlates på bakken ...”¹²

Man har altså lyktes med å få til en helt klar humanitærrettslig innretting, og konvensjonen har i seg slike forbud som er ment å gjøre en forskjell for sivile som er rammet av væpnet konflikt.

3.2.2 Artikkel 1, Alminnelige forpliktelser og virkeområde

Artikkelen er i samsvar med målsettingen i Oslo-erklæringen og er styrende for resten av konvensjonen og lyder som følger:

”1. Hver part forplikter seg til aldri under noen omstendighet

- a) å bruke klaseammunisjon,
- b) å utvikle, produsere, på annen måte erverve, lagre, oppbevare eller overføre klaseammunisjon til noen direkte eller indirekte,
- c) å bistå, oppmuntre eller påvirke noen til å delta i en aktivitet som er forbudt for en part etter denne konvensjon.

¹¹ Autentiske tekster foreligger på arabisk, engelsk, fransk, kinesisk, russisk og spansk. Videre behandling baseres på den norske oversettelsen i St.prp. nr. 4 (2008–2009).

¹² St.prp. nr. 4 (2008-2009) s. 23 andre spalte, andre avsnitt.

2. Bestemmelsen i nr 1 i denne artikkel får tilsvarende anvendelse på eksplosive bomblets som er særskilt konstruert for å spres eller frigjøres fra dispensere festet til luftfartøy.

3. Denne konvensjonen får ikke anvendelse på miner.”

I artikkel 1 fastslås at konvensjonen gjelder under alle situasjoner (aldri under noen omstendighet), og den skiller heller ikke mellom internasjonale og ikke internasjonale (interne) konflikter. I så måte skiller den seg fra CCW og humanitærrettslige traktater for øvrig.

Videre innebærer artikkel 1(b) at klaseammunisjon som definert (jf artikkel 2) elimineres. Man kan si at konvensjonen setter en stopper for klaseammunisjon slik vi kjenner den i dag. Forbudet mot utvikling, produksjon og lagring er viktig for å hindre spredning til stater og konfliktområder der ammunisjonstypen ikke finnes.

Artikkel 1(c) gjorde det nødvendig å inkludere medvirkningstillegg i de norske straffebestemmelsene (jf avsnitt 3.2.6).

Det presiseres dessuten i art. 1(2) at konvensjonen skal gjelde klaseammunisjon der beholderen henger fast på fly, helikoptre mv, og det er foretatt en avgrensning mot miner.

3.2.3 Artikkel 2, Definisjoner

I denne artikkelen er det definisjonen av klaseammunisjon (art. 2 (2)) som er særlig viktig. Definisjonen er bygget opp med en vid hovedregel innledningsvis. Denne er en videreføring av FFIs arbeidsdefinisjon (jf avsnitt 2.1). Det er tre unntak fra hovedregelen, og det er den tredje (art.2(2)(c)) som representerer en utfordring.

I dette unntaket settes det spesifikke tekniske krav til ammunisjon som kan anses å falle utenfor Konvensjonen om klaseammunisjon. Kravene er knyttet til antall, vekt, målsøking, selvdestruksjon og selvdeaktivering (art. 2(2)(c)(i)–(v)). For å komme inn under unntaket må en ammunisjonstype inneha alle disse egenskapene.

Videre defineres *eksplosiv substans* på følgende måte:” ... en konvensjonell ammunisjon, som for at den skal kunne utføre sin oppgave spres eller frigjøres fra en klaseammunisjon, og som er konstruert for å virke ved at det detoneres en sprengladning før, ved eller etter anslag,”(art. 2(3)).

Definisjonen innebærer at de langt fleste typer klaseammunisjon som har vært brukt eller som vi kjenner dem i dag vil være forbudt etter konvensjonen. Det tredje unntaket setter dessuten svært strenge krav til lignende framtidig ammunisjon. Stor tilslutning til Konvensjonen om klaseammunisjon vil derfor bidra til å forhindre framtidige humanitære lidelser.

3.2.4 Artikkel 3, Lagring og ødeleggelse av lagre

Artikkel 3 dreier seg om lagerdestruksjon og bygger direkte på definisjonen i artikkel 2. Hovedregelen er at statspartene skal ødelegge klaseammunisjon som definert i art. 2 under egen jurisdiksjon og kontroll (på lager) innen åtte år fra Konvensjonen har trådt i kraft for vedkommende stat (art. 3(1) og (2)). Dette innebærer at tidsfristene utløper på forskjellig tidspunkt.

Fra hovedregelen er det to unntak. For det første kan en statspart som mener at den ikke kan oppfylle åtteårsfristen anmode om forlengelse med fire år og under ekstraordinære omstendigheter om ytterligere forlengelse med fire år av gangen (art. 3(3)). For det andre åpnes det for å beholde eller å erverve en begrenset mengde klaseammunisjon og eksplosive substridsdeler. Hensikten med sistnevnte er å ha tilgjengelig materiell for å gi opplæring og utvikle metoder for deteksjon og rydding (art. 3(6) jf (8)). Åpningen for å beholde klaseammunisjon ble innledningsvis sett på av Norge og flere andre stater som en mulighet for omgåelse. Resultatet er en kompromissløsning fra forhandlingene i Dublin.

Hensikten med artikkelen er å hindre videre spredning av klaseammunisjon slik at den blir overført til stater som ikke ratifiserer, ikke statlige grupperinger ol.

3.2.5 Artikkel 4, Rydding og ødeleggelse av etterlatenskaper etter klaseammunisjon og opplæring i risikoreduksjon

Denne artikkelen forplikter statspartene til å rydde og ødelegge eksisterende blindgjengere fra klaseammunisjon i områder under deres jurisdiksjon eller kontroll. Rydding skal gjennomføres så snart som mulig, og senest innen ti år fra Konvensjonen trer i kraft for vedkommende statspart (art. 4(1) og (1)(a)). Kravet om rydding og ødeleggelse omfatter

også rydding av områder som tidligere har vært under statspartens jurisdiksjon eller kontroll (art. 4(4)). Tidsfristen er den samme.

Denne artikkelen medfører at ansvaret for rydding og ødeleggelse er klart plassert.

3.2.6 Artikkel 9, Nasjonale gjennomføringstiltak

Artikkel 9 gir anvisning på at hensiktsmessige administrative og rettslige tiltak skal iverksettes nasjonalt. Det pekes spesielt på strafferettslige sanksjoner som skal forhindre og bekjempe enhver aktivitet som er forbudt etter konvensjonen. De strafferettslige tiltakene er for Norges vedkommende ivaretatt ved Lov 15. mai 2009 nr. 28 om gjennomføring av Konvensjonen om klaseammunisjon.¹³ Den sentrale bestemmelsen er § 3 som lyder:

”Den som bryter denne loven eller forskrifter gitt med hjemmel i loven, straffes med bøter eller fengsel inntil 2 år. Uaktsomme handlinger straffes med bøter eller fengsel inntil 6 måneder. Medvirkning straffes på samme måte.”

3.2.7 Artikkel 11, Statspartsmøtet

Det første statspartsmøtet skal sammenkalles innen ett år etter at Konvensjonen har trådt i kraft. Deretter sammenkalles statspartsmøtet hvert år. Statspartene skal møtes jevnlig for å behandle og treffe beslutninger som er nødvendige for gjennomføringen. Behandling av anmodninger om utsettelse mht tidsfristene i art. 3 og art. 4 vil være en aktuell oppgave.

3.2.8 Artikkel 17, Ikrafttredelse

Konvensjonen om klaseammunisjon trer i kraft første dag i den sjette måneden etter at 30. stat har deponert ratifikasjons-, godtakelses-, godkjenning- eller tiltredelsesdokument (art. 17(1)). For stater som deponerer etter nevnte tidspunkt skal konvensjonen tre i kraft først seks måneder etter egen deponering.

¹³ Forarbeider er Ot.prp. nr.7 (2008–2009) og Innst.O. nr. 9 (2008–2009).

3.2.9 Artikkel 18, Midlertidig anvendelse

Artikkel 18 gir åpning for at stater på tiltredelsestidspunktet kan erklære at den vil anvende artikkel 1 midlertidig inntil konvensjonen trer i kraft for vedkommende stat. Norge har gitt slik erklæring.¹⁴

3.2.10 Artikkel 19, Reservasjoner

Konvensjonen bestemmer eksplisitt at de enkelte artikler ikke kan gjøres til gjenstand for reservasjoner. Dette betyr at de stater som tiltrer må akseptere den hele og fulle tekst uten kommentarer eller egne fortolkninger.

3.2.11 Artikkel 21, Forhold til stater som ikke er part i denne konvensjonen

Artikkelen kom i stand for å dekke behov knyttet til militært samarbeid med stater som ikke slutter seg til konvensjonen. Artikkelen er todelt. For det første inneholder art. 21(1) og (2) anvisninger på hvordan statspartene til Konvensjonen om klaseammunisjon skal oppfordre alle stater til å slutte seg til de normer som konvensjonen fastsetter. For det andre inneholder art. 21(3) straffefritak for militærpersonell og borgere som deltar i militært samarbeid med stater som ikke er part i konvensjonen. Slikt straffefritak forutsetter at samarbeidet er i samsvar med folkeretten og at befatningen med en annen stats bruk av klaseammunisjon er fjern og indirekte. Artikkel 21(4) inneholder viktige presiseringer, og virkningen av formuleringen i art. 21(4)(d) anses å representere en utfordring. Her er det snakk om små nyanser. Et spørsmål som så langt er uavklart er hvordan det stiller seg dersom norsk militærpersonell ikke har bedt om klaseammunisjon, men dette er eneste tilgjengelige ammunisjon og dermed blir levert.¹⁵

¹⁴ St.prp. nr. 4 (2008–2009) s. 22 første spalte.

¹⁵ Samtale med Generaladvokat Arne Willy Dahl 31.10.2009.

3.2.12 Andre artikler

Konvensjonen om klaseammunisjon inneholder også art. 5 Bistand til ofre, art. 6 Internasjonalt samarbeid og internasjonal bistand og art. 7 Tiltak for åpenhet.

Dette er en gruppe av bestemmelser som er av stor betydning for det praktiske humanitære arbeidet i land/områder som er rammet av etterlatenskaper fra klaseammunisjon. Jeg går ikke nærmere inn på disse fordi de er av mindre betydning i forbindelse med denne oppgaven.

3.3 Vurdering av konvensjonens innhold

Med ovenstående resultat har man lyktes med å fastsette en så klar og presis definisjon at målet om å forby klaseammunisjon som er til uakseptabel skade for sivile må anses oppfylt.

Forbudet mot bruk, produksjon og overføring og plikten til destruksjon av lagre som var en del av målet har funnet en god form uten overgangsordninger. Ansvar for rydding av tidligere klaseammunisjon og etterlatenskaper er klarlagt og vil støtte opp under bestemmelsene om bistand og samarbeid. Muligheten for internasjonalt militært samarbeid med stater som ikke er part i Konvensjonen om klaseammunisjon er ivarettatt uten at dette anses å svekke forbudet.

3.4 Parter i konvensjonen

Vel halvparten av verdens stater har sluttet seg til Konvensjonen om klaseammunisjon. De fleste vesteuropeiske land, Canada, Mexico og en del land i SørAmerika har undertegnet. Det samme gjelder mange land i Afrika, Indo-Kina og Oceania. Selv om det finnes stater som neppe vil ratifisere, godta, godkjenne eller tiltre er det viktig å påvirke flere til å slutte seg til konvensjonen slik at mange kommer inn under den normen som konvensjonen fastsetter (jf avsnitt 3.2.11).

4 Domsmyndighet, rettslig grunnlag og rettspraksis

4.1 Nasjonalt

Konvensjonen om klaseammunisjon fastsetter at nasjonale gjennomføringstiltak, herunder strafferettslige, skal finne sted. Slike gjennomføringstiltak vil danne rettslig grunnlag for domsavgjørelser nasjonalt. Når det gjelder gjennomføringen av konvensjonen i norsk rett, se avsnitt 3.2.6 foran. I Norge forfølges eventuelle krigsforbrytelser på basis av Straffelovens bestemmelser generelt og Militær straffelov § 108 spesielt. Eget kapittel 16 i Lov 20. mai 2009 nr. 28 (ny straffelov) som dekker folkemord, forbrytelser mot menneskeheten og krigsforbrytelse trådte i kraft 7.3.2008.¹⁶

4.2 Internasjonalt

Straffeforfølgning er primært en nasjonal oppgave og folkeretten setter i mange tilfelle krav til nasjonal rett gjennom traktat (jf. avsnitt 3.2.6) og menneskerettigheter.¹⁷ Under visse forutsetninger kan saker forfølges ved de internasjonale domsstolene: Den internasjonale folkerettsdomstolen – The International Court of Justice (ICJ) eller ved Den internasjonale straffedomstolen – The International Criminal Court (ICC). Alternativt ved de krigsforbryttertribunalene som er opprettet for bestemte konflikter så som FNs krigsforbryttertribunal for Jugoslavia – The international Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY) og FNs krigsforbryttertribunal for Rwanda – The international Criminal Tribunal for Rwanda (ICTR). Jeg vil senere referere fra en sak ved ICTY.

ICJ dømmer i henhold egne vedtekter og domstolen behandler tvister mellom stater,¹⁸ forutsatt at statene det er snakk om har ratifisert vedtektene.¹⁹ Det siste innebærer en viss begrensning, og jeg vil i denne sammenheng peke på at bl.a. Brasil, Israel, Kina, USA og Russland ikke har ratifisert disse.²⁰

¹⁶ Lov 7. mars 2008 nr. 4.

¹⁷ Ruud (2006) s. 270.

¹⁸ Statute of the ICJ art. 34(1).

¹⁹ Ibid art. 35(1).

²⁰ Buflod (2004) s. 78.

De rettslige grunnlag domstolen kan bygge på framgår av vedtektenes artikkel 38 og består av folkerettslige konvensjoner, folkerettslig sedvane, generelle folkerettslige prinsipper og subsidiært juridisk litteratur. Jeg kommer tilbake til folkerettslig sedvane og folkerettslige prinsipper.

ICC dømmer i henhold til egne vedtekter og domstolen kan behandle saker direkte mot enkeltpersoner som et supplement til nasjonal rettsbehandling.²¹ Dette forutsetter at den aktuelle forbrytelsen har funnet sted på territoriet til en stat som har ratifisert vedtektene eller at mistenkte er statsborger i en slik stat. Heri ligger en viss begrensning, og jeg peker på at bl.a. India, Israel, Kina, Pakistan og USA ikke har ratifisert vedtektene.²²

Norge ratifiserte ICCs vedtekter 16. februar 2000, og disse er gjennomført i norsk rett ved Lov 15. juni 2001 nr. 65.²³

Retten dømmer på basis av vedtektene selv (jf art. 5) for folkemord, forbrytelser mot menneskeheten, krigsforbrytelser og ulovlig angrepskrig. Krigsforbrytelsene er utdypet videre i art. 8. Dette er en lang liste over hva som menes, herunder flere bestemmelser om angrep på sivile og våpenbruk som jeg kommer tilbake til.

4.3 Rettspraksis

Det er naturlig nok vanskelig å finne rettsavgjørelser som angår klaseammunisjon fordi man ikke har hatt noe konkret forbud. Dahl hevder dessuten at det finnes få dommer generelt på området militær folkerett.²⁴ Det siste underbygges av at det er funnet lite rettspraksis i forbindelse med ICRCs sedvanerettsstudie.²⁵ I St.prp. nr. 4 (2008–2009) på side 7 andre spalte hevdes det at bruk av klaseammunisjon allerede i dag kan innebære en krigsforbrytelse fordi bruk av slik ammunisjon bryter med distinksjonsprinsippet i

²¹ Statute of the ICC art 1.

²² Buflod (2004) s. 761.

²³ Forarbeider i Ot.prp. nr. 95 (2000-2001).

²⁴ Dahl (2008) s. 27.

²⁵ ICRC Customary International Humanitarian Law (2005) Volume II and III.

humanitærretten (jfr avsnitt 7.1.3) eller forårsaker unødvendig lidelse (jfr avsnitt 7.1.6).²⁶ I denne sammenheng vises det til Genève-konvensjonene av 1949, Tilleggsprotokoll I som jeg kommer tilbake til i avsnitt 7.2.2, en rådgivende uttalelse fra ICJ og en dom fra ICTY.

4.3.1 Norsk rett

Jeg har ved søk i lovdata ikke funnet høyesterettspraksis som angår klaseammunisjon eller cluster munitions. Mer omfattende søk basert på begreper som folkerett eller krigens rett avdekket heller ingen saker. Søk basert på ”krigsforbrytelser” ga treff på én dom angående utlevering og ellers bare dommer fra krigsforbrytterrettssakene fra Anden verdenskrig.²⁷

4.3.2 ICJ

Den rådgivende uttalelsen som det vist til fra ICJ av 8.7.1996, Atomvåpenuttalelsen, er basert på spørsmål fra FNs generalforsamling formulert som følger: ”Is the threat or use of nuclear weapons in any circumstance permitted under international law”. I sin konklusjon peker retten i en enstemmig del på at trussel om eller bruk av kjernevåpen bør være i samsvar med krigens folkerett og spesielt de humanitærrettslige prinsippene. I den nærmere behandlingen pekes det direkte på distinksjonsprinsippet og prinsippet om unødig lidelse.²⁸ Ruud påpeker at uttalelsen ble vedtatt med knappest mulig flertall og ikke innebærer noen entydig anbefaling.²⁹ Selv om uttalelsen stadfester nevnte prinsipper finner jeg ikke at analogien mellom kjernefysiske våpen og klaseammunisjon er treffende. Kjernefysiske våpen har, etter mitt skjønn mer alvorlige, omfattende og langvarige effekter enn klaseammunisjon.

Klaseammunisjon var perifert framme i en offentlig høring mellom Russland og Georgia ved ICJ 10.9.2008 om anvendelse av International Convention on the Elimination

²⁶ St.prp. nr. 4 (2008-2009) s. 7 andre spalte, andre avsnitt.

²⁷ Søkene i lovdata er foretatt 10.11.2009.

²⁸ Legality of the threat or use of Nuclear Weapons in Armed Conflicts s. 94(2)(D) <http://www.icj-cij.org/docket/cases/advisoryproceedings>.

²⁹ Ruud (2006) s. 263.

of All Forms of Racial Discrimination.³⁰ Ammunisjonstypen ble bare brukt i argumentasjonen uten noen nærmere drøfting eller konklusjon.

Siden klaseammunisjon har vært brukt i mange land inkludert Indokina, Afghanistan, Irak, Serbia, Libanon og Georgia kan det synes rart at det ikke har vært flere saker for ICJ og ICC. Jeg mener svaret er at de fleste rammede land er utviklingsland samtidig har ikke alle stater som har brukt klaseammunisjon ratifisert ICJs og ICCs vedtekter.

4.3.3 ICTY

Saken mot Milan Martić ved ICTY i 2007 er et eksempel hvor bruk av klaseammunisjon fikk direkte betydning for ett av tiltalepunktene. Dommen er bekreftet i appellretten.³¹ Martić ble blant annet tiltalt og dømt for angrep på sivile fordi han var ansvarlig for raketangrep på Zagreb by med ammunisjonstypen M-87 Orkan. I dommen betegnes ammunisjonstypen (rakettene) som cluster warheads og det pekes på at rakettene kan inneholde 288 substridsdeler eller 24 antitank-prosjektiler. Rakettene kan skytes på avstander opp mot 50 kilometer og substridsdelene spres fra raketten i 800–1000 meters høyde og spres over et stort område. Retten fant både at M-87 Orkan ikke var tilstrekkelig nøyaktig på lange avstander, og at ammunisjonstypen ikke ville skille mellom sivile og militære mål, jf distinksjonsprinsippet (jf avsnitt 7.1.3) Sammen med øvrige vurderinger av hans ansvar i forbindelse med angrepet førte dette til at Milan Martić ble dømt for "Count 19: Attacks on civilians, a violation of the laws or custom of war."³² Våpentypen ville i dag kommet inn under definisjonen i Konvensjonen om klaseammunisjon art. 2 og være forbudt å bruke, produsere, lagre og overføre for stater som har sluttet seg til konvensjonen.

³⁰ CR 2008/27 <http://www.icj-cij.org/docket/cases/listofallcases>.

³¹ ICTY Case no. IT-95-11-T and IT-95-11-A <http://www.icty.org/case/martić/>.

³² Ibid s. 173.

Bruk av klaseammunisjon er også behandlet i ICTYs undersøkelse³³ av NATOs bombing i det tidligere Jugoslavia. Undersøkelseskommisjonen viser til at det på dette tidspunkt (i 1999) ikke forelå noen avtaler som forbød bruk av klaseammunisjon.³⁴ Dessuten drøftes det om bruken ville vært forbudt fordi substridsdelene i realiteten fungerte som antipersonellminer. Kommisjonen hevdet i denne sammenheng at forbudet mot bruk av slike miner ikke er folkerettslig sedvane selv om en slik sedvane er i ferd med å utvikle seg. For det tredje sammenliknes NATOs bruk av klaseammunisjon med dommen i Martić-saken. Kommisjonen mente at det var en vesensforskjell fordi klaseammunisjon i Martić-saken ble brukt til å terrorisere sivile, mens NATO bombet militære mål. Det konkluderes med at påtalemyndigheten ikke bør starte nærmere undersøkelser av NATOs bruk av klaseammunisjon spesielt, bombingene som helhet eller enkelthendelser.

5 Innledende betraktninger om kriterier for folkerettslig sedvanerettsdannelse

I motsetning til en traktat som bare er bindende for stater som har tiltrådt denne, er folkerettslig sedvane bindende for alle stater. Cassese, Brownlie, Nyland og ICRC tar alle utgangspunkt i at folkerettslig sedvane er en av de rettskildefaktorer som ICJ kan bygge på. Dette følger av rettens vedtekter artikkel 38(1)(b). I prinsippet er det heller ingen rangordning mellom rettskildefaktorene bortsett fra at juridisk litteratur er subsidiær. De nevnte forfattere anser formuleringen i artikkel 38(1)(b) som en definisjon av folkerettslig sedvane:

³³ Statute of the ICTY art.18.

³⁴ Final Report to the Prosecutor avsnitt 27 <http://www.icty.org/sid>.

”1. The Court whose function is to decide in accordance with international law such disputes as are submitted to it, shall apply: ... (b) international custom, as evidence of a general practice accepted as law.”³⁵

Det følger av denne bestemmelsen at to hovedkriterier ligger til grunn for folkerettslig sedvanerettsdannelse. For det første en generell praksis (usus), dernest en overbevisning om at denne praksis er å oppfatte som gjeldende rett (opinio juris). En nærmere vurdering av om det foreligger sedvanerett bygger på en rekke momenter, spesielt for å komme fram til staters praksis. I ICRCs sedvanerettsstudie er hovedkriteriet praksis igjen inndelt i to; seleksjon av statenes praksis og vurdering av samme. Oppfatningen av gjeldende rett er behandlet under ett, og det er lagt inn et moment om innflytelse fra traktatrett.³⁶ Jeg vil følge denne inndelingen videre og i tillegg vurdere Cassese sitt syn om at opinio juris bør ha større vekt på det humanitærrettslige området.³⁷

5.1 Praksis (usus)

5.1.1 Bevis for foreliggende praksis

Det første hovedkriteriet er at det må foreligge praksis på området. Utgangspunktet er at det er stater som bidrar med praksis enten ved sin opptreden (fysisk) eller gjennom skriftlig dokumentasjon (verbalt). For væpnede konflikter vil fysisk praksis vise seg ved militære styrkers opptreden i felt særlig gjennom styrkenes valg og bruk av våpen. Verbal praksis vil man kunne finne i for eksempel nasjonal lovgivning, nasjonal rettspraksis, militære håndbøker, engasjementsregler, instruksjoner osv. Brownlie refererer til dette som bevis (evidence) for praksis.³⁸ Det samme gjør Nyland. Sistnevnte hevder dessuten at det stater har vedtatt i form av traktater, gir det sterkeste uttrykket for deres praksis.³⁹

³⁵ Statute of the ICJ art. 38.

³⁶ ICRCs Customary International Humanitarian Law Volume I: Rules s. xxxi – xxlv.

³⁷ Cassese (2005) s. 161.

³⁸ Brownlie (2008) s. 6.

³⁹ Nyland (2009) s. 47.

ICRCs sedvanerettsstudie er en omfattende gjennomgang av statenes praksis på det humanitærrettslige området. Den er utført i perioden 1995–2005 og er en sammenstilling av alle humanitærrettslige sedvaneregler på tidspunktet for utgivelsen. Hver sedvanerettsregel er systematisk underbygget med gjennomgang av praksis fra svært mange land og alle verdens regioner. Med andre ord en full gjennomgang av bevisene. Heftet *Banning Cluster Munitions Government Policy and Practice* har liknende tilnærming. Jeg kommer tilbake til begge senere.

For at praksisen skal ha betydning må den ha kommet fra statens myndigheter (offisielt hold). Praksis der intern sprik mellom myndighetene kommer til syne teller ikke i vurderingene. Videre må praksisen være kjent/bekjentgjort. Det betyr at den må være offentlig tilgjengelig og i noen grad kommunisert, for eksempel til en annen stat.

Også annen praksis enn statenes kan spille en rolle. ICRC peker på praksis fra internasjonale organisasjoner (spesielt FN), offisielle uttalelser fra ICRC selv, resolusjoner og fra internasjonale forhandlinger samt praksis fra væpnede grupper.

5.1.2 Vurdering av praksis

Vurderingen av om den foreliggende praksis bidrar til sedvane bygger på flere momenter.

Praksisen må for det første være generell.⁴⁰ Dette betyr at den må være fulgt av mange stater slik at det kan vises til omfattende enighet slik ICJ legger vekt på i sin rettspraksis. Nyland indikerer at et kvalifisert flertall må påvises, mens Bodansky (i følge Nyland) mener at nesten full enighet må påvises.⁴¹ ICRCs sedvanerettsstudie viser i denne sammenheng til at det har betydning at praksis fra stater med særlige interesser er representert – ”specially affected states”. Det samme gjør Cassese⁴² selv om eksemplet er hentet fra et annet rettsområde. ICJ trakk dette fram i *the Continental Shelf Cases*.⁴³ Det

⁴⁰ Brownlie (2008) s.8.

⁴¹ Ibid s. 48.

⁴² Cassese (2005) s.157.

⁴³ ICJ judgement of 20.02.1969 p. 44.

som kommer fram i nevnte saker er at det legges vekt på hva kyststatene har praktisert. Underforstått at synspunkter fra stater uten kystlinje har mindre betydning.

For det andre må praksisen være festnet og konsekvent. ICJ har i the Asylum case slått fast at det må foreligge ”a constant and uniform practice”.⁴⁴ Brownlie bruker begrepene ”uniformity and consistency” og hevder at overveiende enighet er nødvendig.⁴⁵ Han finner støtte for dette i ICJs avgjørelser i the Fisheries case⁴⁶ og the Asylum case⁴⁷, der retten ikke fant grunnlag for sedvane. Det motsatte var tilfelle i the Continental Shelf Cases.⁴⁸ Enkelte brudd med regelen rører altså ikke ved det faktum at det eksisterer en sedvanerettslig regel. Dette leder Cassese til den konklusjon at statenes praksis ikke trenger å være 100 prosent enhetlig, men at enkelte brudd nærmest bekrefter den eksisterende regel.⁴⁹

For det tredje spiller varighet neppe noen avgjørende rolle. Ifølge Brownlie legger ikke ICJ vekt på varighet i sin rettspraksis. Han mener videre at sedvaneretten om det ytre rom og kontinentalsokkelen er eksempler der sedvanerett har utviklet seg ganske raskt.⁵⁰ Nyland sier at ICJ ikke har stilt særlig strenge krav.⁵¹ Ruud er på linje med Nyland og skriver: ”Selv om det ikke stilles for store krav til tidselementet, kan praksis over tid gi holdepunkter for reglens fasthet.”⁵² Cassese mener at praksisens varighet spiller en viss rolle, men at betydningen avhenger av sedvanens natur og viktighet.⁵³ Ingen av de nevnte forfatterne sier noe om fast tidsrom. Varighet må ses i sammenheng med om praksisen er generell og konsistent. Høyesterett derimot har ved bedømmelsen av kriterier for internrettslig sedvanerettsdannelse lagt vekt på varighet. I en høyesterettsdom på det

⁴⁴ ICJ judgement of 20.11.1950 p. 16.

⁴⁵ Brownlie (2008) s.7.

⁴⁶ ICJ Reports (1951) 116 at 131.

⁴⁷ ICJ Reports (1950) at 276-7.

⁴⁸ ICJ Reports 1982 p. 74 og the Continental Shelf Cases para 34.

⁴⁹ Cassese (2005) s. 157 og s. 158.

⁵⁰ Brownlie (2008) s. 7.

⁵¹ Nyland (2009) s. 48.

⁵² Ruud (2006) s.77.

⁵³ Cassese (2005) s. 158.

skatterettslige området, Rt-1987-729, Avbetalingsdommen som gjaldt skattefradrag for avbetalingstillegg. Ligningspraksis var i saken bygget på en forsvarlig tolking av skatteloven og avgjørelsen falt i samsvar med praksis. Førstevoterende sier på s. 733: ”Som allerede nevnt har ligningspraksis vært meget langvarig. Den har videre vært helt konsekvent og entydig, uten lokale variasjoner. Ligningspraksis har dessuten vært omfattende.” Dommen er avsagt under dissens 3-2. Høyesterett har også i Rt-2006-1348 bygget på langvarig sedvanerett og det vises til en omfattende praksis som har vart i 20 år med hensyn til å holde tilbake inntauede kjøretøyer.

Det siste momentet er muligheten for reservasjon mot en sedvanerettslig regel. Brownlie hevder at det eksisterer en regel der en stat som ved sin praksis, allerede fra starten stiller seg avvisende til den aktuelle sedvane (the persistent objector) ikke blir bundet av den regel som er i ferd med å utvikle seg.⁵⁴ Passivitet i seg selv er ikke tilstrekkelig for å unngå å bli bundet en sedvanerettsregel. Derfor kreves det bevis for motstanden, og det er nødvendig å protestere mot eventuelle antagelser om aksept. Cassese hevder at det motsatte er i ferd med å utvikle seg, slik at det ikke vil være mulig for en stat å reservere seg mot en humanitærrettslig sedvane⁵⁵. I ICRCs sedvanerettsstudie hevdes samme oppfatning ” ... that many authorities believe that this (persistent objector) is not possible in the case of jus cogens (law of armed conflict) ... ” Til sammenligning har traktatretten på det humanitærrettslige området utviklet seg fra å inneholde svært mange reservasjoner (Tilleggsprotokoll I til Geneve-konvensjonenene av 1949)⁵⁶ til Minekonvensjonen og Konvensjonen om klaseammunisjon, som ikke åpner for reservasjoner i det hele tatt.

5.2 Oppfatningen om gjeldende rett (opinio juris)

Det andre hovedkriteriet for internasjonal sedvanerettsdannelse er at den praksis som følges, gjør det fordi statene oppfatter reglen som rettslig forpliktende.

⁵⁴ Brownlie (2008) s.11.

⁵⁵ Cassese (2005) s. 163.

⁵⁶ Roberts (2007) s. 421.

Nyland knytter kriteriet nært til ICJs rettspraksis og sier følgende: ” ... at det fra en bestemt statspraksis må kunne dokumenteres en overbevisning om at akkurat denne praksisen er nødvendig ut fra krav oppstilt i en folkerettsregel.”⁵⁷ Han hevder at dette medfører at ICJ vekt sine avgjørelser i retning av status quo, for eksempel i the Nuclear weapons case.⁵⁸ Nyland synes å mene at dette bidrar til å sementere statenes suverenitet/frihet innenfor eget territorium/jurisdiksjon i hvert fall på miljøområdet. Jeg mener at det humanitærretteslige området er sammenliknbart. For å få bukt med de humanitære problemene som følger av væpnet konflikt er det nødvendig med overordnede normer som gjelder for alle stater og uavhengig av om konflikten er internasjonal eller intern.

Brownlie legger vekt på at momentet ”accepted as law” er nødvendig. Samtidig peker han på vanskeligheten med å frambringe bevis (proof) for dette. Han viser også til ICJs rettspraksis i Lotus-saken og i the North Sea Continental Shelf cases der retten satte meget strenge krav til bevis for opinio juris.⁵⁹ Cassese er opptatt av at når sedvane utvikler seg er det en normsettende prosess der man i utgangspunktet ikke er oppmerksom på at man bidrar til rettsdannelse. Han mener at opinio juris utvikles etter hvert og ikke nødvendigvis trenger å være til stede fra begynnelsen av prosessen.⁶⁰ Han viser i også i denne sammenheng til eksemplet med the North Sea Continental shelf cases hvor man gikk fra en praksis som var basert på sosiale, økonomiske og politiske behov (opinio necessitatis), mens opinio juris først kunne påvises senere.⁶¹ Siden dette er en kontinuerlig prosess kan det være vanskelig å fastslå på hvilket tidspunkt den sedvanerettslige regel har oppstått.

Siden opinio juris utledes av praksis er de to hovedkriteriene nært sammenvevd. Uttrykksformen vil kunne arte seg forskjellig avhengig av om det er snakk om et forbud, en

⁵⁷ Nyland (2009) s. 49.

⁵⁸ Legality of the threat or use of Nuclear Weapons in Armed Conflicts <http://www.icj-cij.org/docket/cases/advisoryproceedings>.

⁵⁹ Brownlie (2008) s. 8–9.

⁶⁰ Cassese (2005) s. 156–157.

⁶¹ ICJ Reports (1986), at 114, para. 219.

forpliktelse eller en rett til å forholde seg på en bestemt måte.⁶² Det synes å være enighet om viktigheten av at *opinio juris* kan påvises. Brownlie og til dels Nyland gir uttrykk for at den sedvanerettslige regel må være til stede fra starten og være tydelig/beviselig.

5.3 Humanitær vektlegging

Cassese hevder at sedvanerettsdannelse på det humanitærrettslige området kan finne sted raskere og på basis av mindre praksis og mindre enhetlig praksis enn på andre områder. Balansen mellom *usus* og *opinio juris* endres slik at den framherskende rettsoppfatning får større vekt.⁶³ Dette har fellestrekk med det Nyland etterlyser på miljøområdet.⁶⁴ Brownlie drøfter ikke dette spørsmålet, og spørsmålet er heller ikke berørt i introduksjonen til ICRCs sedvanerettsstudie.

Cassese viser til Martens-formelen som finnes i fortalen til Haag-konvensjon II av 1899 og Haag-konvensjon IV av 1907. Her gjengitt slik den er formulert i sistnevnte:

”Until a more complete code of laws of war has been issued, the High Contracting parties deem it expedient to declare that, in cases not included in the Regulations adopted by them, the inhabitants and the belligerents remain under the protection and the rule (*sous la sauvegarde et sous l’empire*) of the principles of the law of nations as they result from the usage established among civilised peoples, from the laws of humanity, and the dictates of the public conscience.”

Denne formelen eller deler av den er senere tatt inn i senere traktater, for eksempel i Genève-konvensjon I av 1949 og Tilleggsprotokoll Ifra 1977. Jeg kommer tilbake til disse. Den er dessuten referert i mange rettsavgjørelser fra ICJ, inkludert i Atomvåpenuttalelsen. Martens-formelen har fått en svært framtrædende plass som understreker viktigheten av det

⁶² ICRCs sedvanerettsstudie Vol I, s. xxxix-xl.

⁶³ Cassese (2005) s. 160–161.

⁶⁴ Nyland (2009) s. 50.

humanitærrettslige i væpnet konflikt. Som prinsipp er denne rettesnoren noe retten kan falle tilbake på.

Cassese mener for det første at mye praksis ikke er nødvendig som grunnlag når man har å gjøre med en regel som er basert på humanitære behov eller er diktert ut fra samvittighetsgrunner. I det minste, hevder han, er det slik at praksis spiller mindre rolle i slike tilfelle. Et rettslig syn som en rekke stater og internasjonale organer gir uttrykk for som et bindende prinsipp eller en regel, bør være tilstrekkelig til å etablere en humanitærrettslig sedvane. Casseses begrunnelse er: "Essentially, the need – in the area of the law of warfare- for the humanitarian demands to keep a balance between military activities and their devastating impact on human beings, even before such humanitarian demands have been translated into practice."⁶⁵ Jeg oppfatter at Cassese er talsmann for å endre tenkningen slik at utviklingen av humanitær sedvanerett kan gå raskere og i favør av humanitære hensyn på bekostning av de militære. Videre at han mener at utviklingen må kunne baseres på synet til en større gruppe av stater uten full enighet eller at noen majoritet er oppnådd.

5.4 Traktaters innvirkning på folkerettslig sedvane

Traktaters innvirkning på humanitærrettslig sedvane trekkes fram i ICRCs sedvanerettstudie (s. xlii-xlv). Studien peker på tre sider ved traktater som har betydning for sedvanerett.

For det første vil antallet ratifikasjoner spille inn på om en traktatregel kan være å anse som sedvane, spesielt dersom det eksisterer motsatt praksis. For det andre vil arbeidet med traktater bidra til å fokusere rettsoppfatningen i verden og derigjennom øve innflytelse på statenes opptreden og overbevisning. For det tredje kan kodifisering av eksisterende sedvanerett i traktat bidra til utkrystallisering av ny sedvanerett. The International Law Association har formulert dette langs samme linjer.⁶⁶

⁶⁵ Cassese (2005) s. 161.

⁶⁶ ILA Report, Principles 20-21, 24, 26 and 27, pp. 754-756.

Jeg mener det er interessant å se disse punktene i sammenheng med Konvensjonen om klaseammunisjons påvirkning av humanitærrettslig sedvane generelt og spesielt i lys av Casseses syn.

5.5 Oppsummering

Den videre vurdering vil innebære særlige utfordringer når det gjelder momentet varighet for en konvensjon som ennå ikke er trådt i kraft, og når det gjelder å ekstrahere *opinio juris* fra stater som er motstandere eller uinteressert å følge normen i Konvensjonen om klaseammunisjon. Dessuten står man her overfor to skoler. Cassese, med noe støtte hos Nyland mener folkerettslig sedvane må kunne utvikles raskt, mens Brownlie med støtte i ICJs praksis mener man må kreve mer langvarig praksis for å kunne konstatere sedvanerettsdannelse.

6 Konvensjonen om klaseammunisjon som sedvanerett

Konvensjonen om klaseammunisjon er en internasjonal humanitærrettslig traktat. Altså er det bare de stater som ratifiserer eller på annen måte slutter seg til som blir rettslig bundet. Bindende for alle stater blir konvensjonen bare dersom den oppnår status som folkerettslig sedvane.⁶⁷ Dersom eller når Konvensjonen om klaseammunisjon oppnår slik status har man å gjøre med en rettslig norm som alle stater må overholde.

Jeg mener at den rettslige normen som konvensjonen innebærer er tredelt. For det første et forbud mot bruk, produksjon, lagring og overføring mv (jf konvensjonens art. (1)), avsnitt 3.2.2. For det andre en plikt til å ødelegge egne lagre, rydde og ødelegge etterlatenskaper, og for det tredje visse plikter overfor ofre og overfor sivilbefolkningen i et konfliktområde. Det kan tenkes at stater som ikke er eller blir bundet av Konvensjonen

⁶⁷ Brownlie (2008) s. 3.

om klaseammunisjon vil legge seg på en sammenfallende praksis på noen av punktene, for eksempel avstå fra bruk.

6.1 Praksis (usus)

De 100 statene som per 12. oktober 2009 har undertegnet Konvensjonen om klaseammunisjon vil bli bundet når de har deponert ratifikasjons-, godtakelses-, godkjenning- eller tiltredelsesdokumenter. Disse statene vil følge avtalens norm, i motsatt fall kan de dømmes for traktatbrudd ved ICJ, forutsatt at de har undertegnet domstolens vedtekter. For denne gruppen kan man regne med at de følger en enhetlig praksis mht konvensjonens regler. Statspartene til konvensjonen ventes også å arbeide aktivt for å få alle stater til å slutte seg til og på den måten å gjøre Konvensjonen om klaseammunisjon universell (jf artikkel 21).

Det er med andre ord praksisen til øvrige stater med hensyn til klaseammunisjon det er nødvendig å vurdere. Ovenstående innebærer at 92 stater pr. 12. oktober 2009 ikke har undertegnet Konvensjonen om klaseammunisjon. Blant disse finner vi som tidligere omtalt Brasil, Finland, India, Israel, Kina, Pakistan, Russland og USA. Jeg vil først trekke fram hva som er praksis i hovedtrekk og senere se noe nærmere på de nevnte statene. Det siste gjør jeg sammen med vurderingen av *opinio juris* nedenfor.

6.1.1 Bevis for foreliggende praksis

Bevis for hva som er praksis kan være fysiske eller verbale. Det er relativt få stater som har brukt klaseammunisjon. I nyere tid har slik ammunisjon vært brukt av NATO og Serbia på Balkan, USA, Storbritannia og Frankrike i Irak, Israel i Libanon og Russland og Georgia i Georgia.⁶⁸ Det kan legges til at Israels bruk i Libanon nærmest påskyndet starten av Oslo-prosessen høsten 2006. Bruken av klaseammunisjon fra begge parter side i Georgia fant sted etter at Konvensjonen om klaseammunisjon ble vedtatt. Det siste et ganske klart bevis på at hverken Georgia eller Russland, i hvert fall på daværende tidspunkt, hadde til hensikt

⁶⁸ Samtale med Per Nergaard Norsk Folkehjelp 11.11.2009.

å praktisere noe forbud mot ammunisjonstypen. For Russlands del må dette ses i sammenheng med deres verbale bevis (jf. 6.2.2). Det er antagelig for tidlig å slutte om tilfellene av bruk i Libanon og Georgia er av de få avvik som bekrefter reglen om et forbud i samsvar med Casseses tankegang (jf avsnitt 5.1.1).

Brasil, Finland, India, Israel, Kina, Pakistan, Russland og USA har lagre av klaseammunisjon. Selv om dette er vanskelig å kartlegge, hevdes det ofte, også av disse statene selv at deres beholdninger utgjør 90 % av verdens klaseammunisjon. Mange av dem har produksjon og en eksportindustri som tilbyr klaseammunisjon på markedet. De fleste av disse statene har vært helt fraværende eller marginalt til stede i Oslo-prosessen, men er statsparter og deltagere under forhandlingene i CCW. Økonomiske og militære interesser knyttet til produksjon og beholdninger som Brasil, Finland, India, Israel, Kina, Pakistan, Russland og USA har, gjør det lite sannsynlig at de nevnte stater raskt vil komme til å praktisere det forbud som Konvensjonen om klaseammunisjon innebærer.

Verbale bevis mht ikke-overholdelse av et internasjonalt forbud mot klaseammunisjon kan, som nevnt i avsnitt 5. foran, finnes i en rekke kilder. En ganske rikholdig offisiell praksis er tilgjengelig. Heftet "Banning Cluster Munitions Government Policy and Practice" fra mai 2009 er en sammenstilling av fysisk og verbal praksis fra statenes offisielle organer. Heftet danner noe av grunnlaget for mine synspunkter i det følgende. Når det gjelder verbale bevis henter heftet informasjon fra alt materiale der statene har, eller ikke har uttrykt sin politikk. For noen er det vist til uttalelser og innspill som er gitt i eller i forbindelse med Oslo-prosessen.

Framtredende ved opptreden til India, Israel, Kina, Pakistan, Russland og USA er at de har holdt seg helt borte fra Oslo-prosessen. De har imidlertid bidratt med innspill og fremmet sin politikk i CCW og støttet prosessen om klaseammunisjon i det forumet. Bevis for disse statenes verbale praksis er å finne i deres innlegg og forslag samt sluttrapporter fra forhandlingssesjonene.⁶⁹ Som følge av nevnte staters praksis, i hvert fall den fysiske, kan jeg vanskelig si at praksis framstår som generell, festnet og konsekvent.

⁶⁹ CCW Meetings of States Parties and the Group of Governmental Experts <http://unog.ch/disarmament/>

Utgangspunktet er at varighet ikke er avgjørende. Brownlie, Cassese og Nyland er enige om dette. Tar man Casseses utgangspunkt at sedvane kan dannes raskt om bare saken er viktig nok kunne man si at forbudet mot klaseammunisjon allerede er en folkerettslig sedvane (jf avsnitt, 5.1.1). Imidlertid er Konvensjonen om klaseammunisjon helt ny og har ennå ikke trådt i kraft. Det tidligste tidspunkt man kunne tenke seg å ta utgangspunkt i er Oslo-konferansen i februar 2007 med tilhørende målformulering i erklæringen. Et annet mulig utgangspunkt kunne være avslutningen av forhandlingene i Dublin i mai 2008. Det mangler ennå syv ratifikasjoner før konvensjonen trer i kraft. Konvensjonen har bare i liten grad begynt å virke og har foreløpig lite gjennomslag utover kretsen av land som har undertegnet.

Forhandlingene i CCW har dessuten fortsatt. Dette har gitt stater som ikke har undertegnet Konvensjonen om klaseammunisjon god mulighet til å ytre seg om klaseammunisjon generelt og om konvensjonen spesielt. Dette er ennå mer framtrædende om man tenker på at forhandlingen i CCW har foregått fra 2002. Muligheten for verbal praksis har vært til stede i seks til syv år. Når man tar begge forhandlingsprosesser i betraktning har det vært tid og anledninger nok til å utvikle verbal praksis.

6.2 Oppfatningen om gjeldende rett (opinio juris)

Noen stater valgte å stå helt utenfor Oslo-prosessen, eller å engasjere seg marginalt, men satse på CCW. Dersom man i CCW skulle nå fram til et resultat, er det svært lite sannsynlig at dette vil ha samme omfang som Konvensjonen om klaseammunisjon eller tilnærmet samme humanitærrettslige standard. Jeg ser på dette som en indikasjon på at statene utenfor Oslo-prosessen har en helt annen oppfatning av gjeldende rett enn de 100 som til nå har undertegnet konvensjonen.

Blant de statene som ikke har undertegnet er det heller ingen felles mening som er festnet og konsekvent slik ICJ forutsetter i sin rettspraksis (jf avsnitt 5.1.1). Det er en spredning i syn fra Argentina, som tilsynelatende mener at Konvensjonen om klaseammunisjon ikke går langt nok i sitt forbud, til Russland, som bare vil konsentrere seg om tekniske forbedringer ved klaseammunisjon slik at blindgjengerandelen reduseres.

Den tydeligste motstanden mot et forbud mot klaseammunisjon finner vi blant verdens største militærmakter. USA, Russland og Kina har globale interesser å ivareta. Russland, Kina og har særdeles lange grenser som skal forsvares og risikoen er stor for framtidige konflikter. Finland er historisk sett i en særstilling når det gjelder fokus på forsvar mot Russland. Israel er i konstant konflikt med omkringliggende land og det er store muligheter for interne konflikter. Jeg fokuserer i det etterfølgende på essensen av Brasil, Finland, India, Israel, Kina, Pakistan, Russland og USA sin verbale praksis og hva som synes å være deres opinio juris på området klaseammunisjon.

6.2.1 USA

USA har brukt klaseammunisjon ved flere anledninger. Landet har store lagre, samt egen produksjon og eksport. USA har stått helt utenfor Oslo-prosessen, og forsvarsminister Gates har begrunnet dette med at klaseammunisjon er militært nødvendig, at et forbud mot bruk vil sette soldatenes liv i fare og ammunisjonstypen er vanskelig å erstatte.⁷⁰ Den forrige amerikanske administrasjonen var konstruktive i CCW, og Washington lanserte i juli 2008 en ny nasjonal politikk for klaseammunisjon. Politikken baserer seg på forbud mot bruk av klaseammunisjon som har en blindgjengerandel på mer enn 1 % etter år 2018. Bruk av slik klaseammunisjon skal i mellomtiden godkjennes på høyeste nivå i det aktuelle militære operasjonsområdet.⁷¹

6.2.2 Russland

Russland har brukt klaseammunisjon ved flere anledninger. Det er sannsynlig at Russland har store lagre, og landet har egen produksjon og eksport på linje med hva Sovjetunionen hadde. Russland har stått helt utenfor Oslo-prosessen, og har denne sammenheng uttalt at de ikke kan si seg enig i definisjonen i Konvensjonen om klaseammunisjon eller de forbud

⁷⁰ Banning Cluster Munitions Government Policy and Practice (2009) s. 251.

⁷¹ Ibid s. 254.

som er nedfelt. Russland kommer ikke til å vurdere ratifikasjon.⁷² Russiske myndigheter oppfatter Konvensjonen om klaseammunisjon som et totalforbud, men har vist en viss vilje i CCW til å drøfte muligheter for testing og tekniske forbedringer med tanke på lavere blindgjengerandel og visse reguleringer.

6.2.3 India

Så langt kjent har India ikke brukt klaseammunisjon. Det finnes ingen opplysninger om Indias lagre av klaseammunisjon. India produserer, importerer og tilbyr slik ammunisjon for eksport. India har stått helt utenfor Oslo-prosessen. I CCW har India tatt til orde for reguleringer som ivaretar balansen mellom militære behov og humanitære hensyn.⁷³

6.2.4 Pakistan,

Pakistan hevder selv at de aldri har brukt klaseammunisjon. Det finnes ingen opplysninger om Pakistans lagre av klaseammunisjon. Pakistan produserer og tilbyr slik ammunisjon for eksport. Pakistan har stått helt utenfor Oslo-prosessen og har begrunnet dette med at klaseammunisjon er et lovlig våpen som landet har behov for, og at de derfor ikke vil støtte et forbud mot bruk, produksjon og overføring.⁷⁴ I CCW har Pakistan hevdet at dette er rett forum for forhandlinger som inkluderer brukere og produsenter.

6.2.5 Kina

Så langt kjent har Kina ikke brukt klaseammunisjon, men landet produserer, lagrer og eksporterer slik ammunisjon. Kina har stått helt utenfor Oslo-prosessen selv om det har vært uttalt fra Beijing at Kina vil fortsette arbeidet for en tidlig og anstendig løsning på de

⁷² Ibid s. 230.

⁷³ Ibid s. 208–209.

⁷⁴ Ibid s. 225.

humanitære problemene som klaseammunisjon medfører.⁷⁵ I CCW har Kina hevdet at eksisterende humanitærrett og reglene i CCW er tilstrekkelige.

6.2.6 Brasil

Brasil hevder selv at de aldri har brukt klaseammunisjon, men produserer og lagrer klaseammunisjon. Brasil har deltatt i en del av Oslo-prosessen, nærmest på observatørbasis inkludert konferansen i Wellington i februar 2008 og har siden gått imot Konvensjonen om klaseammunisjon.⁷⁶ Brasil har i CCW uttrykt at beslutningen om ikke å delta videre i Oslo-prosessen skyldtes at konvensjonen ikke ville føre til balanse mellom legitime forsvarsbehov og de humanitære utfordringene.

6.2.7 Israel

Israel har brukt klaseammunisjon ved flere anledninger og produserer, importerer, lagrer og eksporterer klaseammunisjon. Israel har stått helt utenfor Oslo-prosessen. I forbindelse med at Israel brukte klaseammunisjon i Libanon i 2006 hevdet myndighetene at de hadde opptrådt i samsvar med humanitærretten og at hverken gjeldende rett eller praksis innebærer noe forbud mot bruk av klaseammunisjon.⁷⁷ I CCW har Israel ikke støttet videre forhandlinger om klaseammunisjon.

6.2.8 Finland

Finland hevder selv at de aldri har brukt klaseammunisjon eller tidligere produsert ammunisjonstypen. Finland lagrer klaseammunisjon, og finsk forsvarsindustri har vist en viss interesse for å delta i produksjon. Finland har deltatt i hele Oslo-prosessen, men hadde sine reservasjoner og uttalte klart at de ikke ville undertegne konvensjonen.⁷⁸ I sin periode

⁷⁵ Ibid s. 195.

⁷⁶ Ibid s. 192.

⁷⁷ Ibid s. 212.

⁷⁸ Ibid s. 202–203.

med EU-formannskap var Finland konstruktive i CCW, og etter at det ikke ble enighet om EUs forslag uttalte man at vi har alle et ansvar for at denne saken blir behandlet videre og vi anser CCW som det riktige forum for forhandlinger.

6.2.9 Samlende tråder om opinio juris

Omlag 90 stater er i målgruppen for å slutte seg til Konvensjonen om klaseammunisjon og ventelig vil noen av disse undertegne og ratifisere. Som ovenstående gjennomgang viser er det allikevel minst åtte stater som ikke anser seg rettslig forpliktet til å overholde forbudet mot klaseammunisjon. De går inn for forhandlinger i CCW om reguleringer som innebærer en balanse mellom militære behov og de humanitære utfordringene.

Når statene jeg har omtalt foran uttrykker seg erkjennes de humanitære behov, men det argumenteres likevel for at det ikke må være noe forbud, og at man må regulere bruk på slik måte at det er balanse mellom humanitære hensyn og militære behov. Deres uttalelser underbygges ofte med behov i forbindelse med forsvar av eget territorium, at klaseammunisjon er vanskelig å erstatte og at teknologi og økonomi legger store begrensninger på muligheten for å skaffe alternativ ammunisjon.

Dette medfører at en del stater med særlige interesser ikke bidrar til at rettsoppfatningen blir generell slik ICJ la vekt på i the North Sea Continental Shelf Cases (jf avsnitt 5.1.1).

Bortsett fra den retoriske bruken av begrepet humanitærrett kan jeg ikke se at ovennevnte stater har samme oppfatning om gjeldende rett (eller rettere det som vil bli gjeldende rett) som de 100 som har undertegnet Konvensjonen om klaseammunisjon. Jeg mener disse statenes opinio juris innebærer noe annet og langt mindre forpliktende enn i Konvensjonen om klaseammunisjon med dens forbud mot og forpliktelser knyttet til ammunisjonstypen. Dette innebærer at to helt forskjellige opinio juris gjør seg gjeldende.

6.3 Muligheten for reservasjon

Litteraturen er ikke entydig når det gjelder "consistent objector", men Brownlie mener at stater som har opponert mot sedvanerettsreglen fra begynnelsen av kan hevde at den ikke vil gjelde for deres del. I ICRCs sedvanerettstudie tones dette ned vesentlig.

Syv av de åtte statene jeg redegjorde for i avsnitt 6.2 foran kan sies å være i en slik posisjon, basert på at de har stilt seg utenfor Oslo-prosessen og konsekvent argumentert for sitt syn i CCW. Mer tvilsomt er det om Finland kan anses som "consistent objector" på grunn av deltagelse i hele Oslo-prosessen. Brasil står noe sterkere i så måte siden landet trakk seg ut på et tidlig tidspunkt.

Dette medfører at dersom Konvensjonen om klaseammunisjon oppnår status som folkerettslig sedvane, vil enkelte stater kunne hevde at de har reservert seg. USA, Russland, India, Pakistan, Kina, Israel og kanskje Brasil vil, med varierende tyngde, kunne påstå at de har stått utenfor prosessen og har opponert mot forbudet i konvensjonen – med andre ord reservert seg.

6.4 Traktaters innvirkning på folkerettslig sedvane

Dette momentet er påpekt i ICRCs sedvanerettstudie. Innledningsvis pekes det på at (stor) tilslutning er et viktig vurderingsmoment. I så måte har konvensjonen som vist tidligere god oppslutning, men med en del motstandere. Den gode tilslutningen mener jeg vil medføre at flere stater vil komme til, kanskje majoriteten av verdens stater.

Nyland hevder at tilslutning til en traktat gir det sterkeste uttrykk for staters praksis (jf avsnitt 5.1.1). Med god tilslutning får man et sterkt uttrykk for staters praksis samlet sett. En slik samlet praksis vil bidra til å fokusere alle staters opptreden og rettslige overbevisning (jf avsnitt 5.4). Jeg mener en slik mulig utvikling samsvarer med det som er Casseses synspunkter som jeg kommer til i neste avsnitt.

6.5 Humanitær vektlegging

Konvensjonen om klaseammunisjon har en helt klar humanitær målsetting. Oslo-erklæringen inneholder formuleringene: "unacceptable harm to civilians" og "care and

rehabilitation to survivors.”⁷⁹ Konvensjonens fortale refererer til: ”a call for an end to civilian suffering caused by cluster munitions”⁸⁰ Dette plasserer Konvensjonen om klaseammunisjon innenfor det humanitærrettslige området.

Konvensjonens humanitære målsetting samsvarer godt med Casseses begrunnelse (jf avsnitt 5.3) for at det humanitærrettslige området er så viktig at en felles rettsoppfatningen fra et større antall stater raskt bør anses som sedvanerett. Cassese hevder at i tilfelle av humanitærrettslig betydning vil opinio juris gå foran praksis.

Baserer man seg på Casseses syn og en tilslutning hittil fra vel halvparten av verdens stater, vil Konvensjonen om klaseammunisjon allerede være å anse som humanitær sedvanerett, eller med noe økt tilslutning.

6.6 Sammenligning med Minekonvensjonen

Konvensjonen om forbud mot bruk, lagring, produksjon og overføring av antipersonellminer og om ødeleggelse av slike miner (Minekonvensjonen)/Convention on the prohibition of the use, stockpiling, production and transfer of anti-personnel mines and their destruction (Mine ban Convention)⁸¹ har på mange måter dannet forbilde for Konvensjonen om klaseammunisjon. Dette gjelder tilnærmingen både til selve prosessen og med hensyn til Konvensjonens oppbygging og innhold. Det er derfor interessant å se nærmere på hvilken utvikling Minekonvensjonen har hatt og hvordan den i dag anses å innvirke på humanitærretten.

6.6.1 Bakgrunn og utvikling

Proessen som ledet fram til Minekonvensjonen hadde også sitt utspring i at man ikke klarte å forhandle fram humanitærrettslig tilstrekkelige regler innen rammen av CCW. Da

⁷⁹ Oslo Conference on Cluster Munitions, 22–23 February 2007 Declaration 1(i) og (ii)

<http://www.banclusterbombs.org/documentarchive/espace-presse/>.

⁸⁰ St.prp. nr. 4 (2008-2009) s. 24, venstre spalte, åttende avsnitt.

⁸¹ St.prp. nr. 73 (1997-1998).

man i 1996 forhandlet og kom fram til CCW revidert Protokoll II⁸² mente flere stater at begrensninger ikke var tilstrekkelig, og tok til orde for at bare et totalforbud mot antipersonellminer ville ha den tilsiktede humanitære virkningen. Dette førte til at et antall stater møttes i Ottawa høsten 1996 for snarest mulig å få i gang forhandlinger om et totalforbud. Møtet i Ottawa ble fulgt opp med flere møter/seminarer og ledet til diplomatkonferansen i Oslo som samlet 120 land til forhandlinger. Prosessen ble drevet framover av en kjernegruppe der Norge deltok, først sammen med ti andre land. Den ble underveis utvidet med ytterligere ti land. En annen viktig faktor var innsatsen og påvirkningen fra sammenslutningen International Campaign to Ban Landmines (ICBL) og ICRC.

6.6.2 Minekonvensjonens innhold

Minekonvensjonen innebærer et totalforbud mot antipersonellminer basert på en definisjon av miner som er slik konstruert at de eksploderer og skader eller dreper som en følge av en persons nærvær, nærhet eller berøring. Miner som er konstruert for å detonere som en følge av et kjøretøys nærvær, nærhet eller berøring i motsetning til en person (antikjøretøyminer) anses ikke som en antipersonellmine.⁸³ Antikjøretøyminer forblir lovlige innenfor rammen av bestemmelsene i CCW revidert Protokoll II. Dette klare skillet mellom de to minetypene er i tråd med det som var norsk posisjon da forhandlingene startet.

Forbudsbestemmelsene har en bred tilnærming i det bruk, lagring og produksjon er ulovlig, dessuten at eksisterende beholdninger skal ødelegges. Det humanitære aspektet underbygges av bestemmelser om åpenhet, bistand og rydding av minelagte områder. Det gjør denne konvensjonen til en langt strengere norm enn det som følger av krigens rett generelt og av CCW, Protocol II.

⁸² Den reviderte mineprotokollen/Protocol on Prohibitions or Restrictions on the Use of Mines, Booby-Traps and Other Devices as amended on 3 May 1996 (CCW, Protocol II).

⁸³ Minekonvensjonen art. 2(1).

6.6.3 Parter i Minekonvensjonen

Prosessen hadde ganske stor tilslutning allerede fra starten i 1996. 156 land støttet dette året resolusjon 51/45S i FNs Generalforsamling om et totalforbud mot antipersonellminer. 74 land deltok i det første møtet i Ottawa som lyktes å skape politisk interesse for saken. I de øvrige møtene som ble holdt deltok over 100 land, og den avsluttende diplomatkonferansen i Oslo samlet 160 land, derav 40 som observatører. Minekonvensjonen er i dag ratifisert av 156 stater⁸⁴. Blant de stater som ikke har ratifisert finner vi USA, Russland, India, Pakistan, Kina, Israel og Finland, nesten de samme som heller ikke har undertegnet Konvensjonen om klaseammunisjon.

6.6.4 Minekonvensjonen i ICRCs sedvanerettsstudie

Minekonvensjonen er behandlet i Den internasjonale Røde Kors-komiteens studie av humanitærrettslig sedvane⁸⁵. I studien er Minekonvensjonen sett i sammenheng med sedvanerettsregel nr. 81: "When landmines are used, particular care must be taken to minimise their indiscriminate effects".⁸⁶ I vurderingen understrekes det at majoriteten av verdens stater er rettslig bundet av Minekonvensjonen. Videre legges det vekt på slutterklæringen fra statspartsmøtet i CCW 2001 som uttrykker at alle stater bør arbeide mot målet om å eliminere antipersonellminer fra hele kloden samt andre resolusjoner og erklæringer som trekker i samme retning.

Det konkluderes i 2005 med at en sedvanerettslig plikt til å eliminere antipersonellminer er under utvikling. På det tidspunkt var det gått åtte år fra Minekonvensjonen ble undertegnet uten at man i denne kvalifiserte studien konkluderte med at totalforbudet mot antipersonellminer var blitt folkerettslig sedvane.

⁸⁴ UN/Geneva, <http://unog.ch/disarmament> 12.10.2009.

⁸⁵ ICRCs sedvanerettsstudie (2005) Vol I, s. 282–283.

⁸⁶ Ibid s. 280.

6.6.5 Sammenligning

Som nevnt har Konvensjonen om klaseammunisjon mange likhetstrekk med Minekonvensjonen: en restriktiv definisjon, bestemmelser som tar sikte på å eliminere ammunisjonstypen og omfattende bestemmelser om rydding, ødeleggelse og støtte til sivile. Oslo-prosessen har vært lagt opp omtrent på samme måte, men med ennå flere møter også i rammede land og aktuelle deler av verden.

Definisjonen av antipersonellminer trekker en klar linje mellom minetyper ut fra formål og bruksområde. Dette skillet var vel innarbeidet på den tiden da Minekonvensjonen ble forhandlet. Man fikk et totalforbud mot den del av minearsenalet som på dette tidspunkt ble ansett mindre aktuelle i operativ bruk. Til sammenligning startet forhandlingene om Konvensjonen om klaseammunisjon på et tidspunkt da mange stater fremdeles oppfattet klaseammunisjon som aktuell og nødvendig for operativ bruk.

Selve definisjonen av klaseammunisjon i konvensjonen eliminerer på det nærmeste en hel kategori av ammunisjon og setter omfattende krav til framtidig ammunisjon. Kravene er så omfattende at det er snakk om ammunisjon som nesten ikke finnes i dag og representerer derfor en teknologisk utfordring.

Bestemmelsene om rydding og ødeleggelse i de to konvensjonene er noenlunde sammenfallende. De samme statene som ikke har ratifisert Minekonvensjonen har også store lagre av klaseammunisjon. Utgiftene knyttet til ødeleggelse og muligheten for eksport bidrar derfor til vegring mot å ratifisere Konvensjonen om klaseammunisjon.

Foreliggende tall for deltagelse under forhandlingene om Minekonvensjonen tyder på at denne var større enn hva var tilfelle under Oslo-prosessen. Noe færre stater deltok under diplomatkonferansen for Konvensjonen om klaseammunisjon enn for Minekonvensjonen. Grunnlaget for en hurtig økning i antall ratifikasjoner av Konvensjonen om klaseammunisjon løpet av kort tid er derfor til sammenligning noe begrenset.

Store produsenter og brukere har som nevnt ikke sluttet seg til Konvensjonen om klaseammunisjon og det samme var til dels tilfelle når det gjelder Minekonvensjonen. Fraværet av disse landene i prosessen og deres manglende ratifikasjon har imidlertid ikke hindret at man i ICRCs sedvanerettsstudie antyder at Minekonvensjonen har sterk stilling: "All the practice cited above appears to indicate that an obligation to eliminate anti-

personnel landmines is emerging”, selv om forbudet mot antipersonellminer ikke har fått sedvanerettslig status.⁸⁷

Likhetstrekkene mellom Minekonvensjonen og Konvensjonen om klaseammunisjon mht prosess og resultat tilsier at man bør kunne forvente en liknende utvikling når det som Minekonvensjonen gjelder normdannende effekt. Sannsynligvis vil det ta noe lenger tid før konvensjonen får samme vurdering som Minekonvensjonen fordi færre stater har deltatt i prosessen og mange stater fremdeles ser på klaseammunisjon som aktuelle for bruk i operasjoner.

6.7 Delkonklusjon folkerettslig sedvanedannelse

Min gjennomgåelse i de foregående avsnitt 6.1–6.7 gir to mulige konklusjoner:

Sammenholdt direkte med kriteriene for folkerettslig sedvane vil Konvensjonen om klaseammunisjon ikke kunne anses som sedvanerett, i hvert fall ikke på det nåværende tidspunkt. Årsaken er at det ikke foreligger noen generell praksis som en felles rettsregel kan utledes fra. Det vil videre ta tid før forbudene og forpliktelsene i Konvensjonen om klaseammunisjon har tilslutning fra en overvekt eller majoritet av verdens stater. Dersom konvensjonen skal bli sedvanerett må dessuten produsent og brukerstatene få tid til å endre sin praksis og vise at de overholder samme forbud og forpliktelser. Det er neppe avgjørende om det finner sted enkelte brudd med konvensjonens regler fra statene som ikke ratifiserer.

Motsatt vil man med utgangspunkt i Casseses syn kunne hevde at Konvensjonen om klaseammunisjon allerede har, eller snart vil oppnå, sedvanerettsstatus. Konvensjonen er et viktig tilskudd på det humanitærrettslige området og vil bety mye for sivilbefolkningen i konfliktområder.⁸⁸ Om dette ikke er tilfelle per i dag, er det potensial for å øke antall ratifikasjoner slik at konvensjonen får tilslutning fra majoriteten av verdens stater.

⁸⁷ Ibid s. 283.

⁸⁸ Cassese (2005) s. 160–161.

7 Klaseammunisjon og humanitærrettslige prinsipper, sedvanerett og andre traktater

At stater velger ikke å ratifisere Konvensjonen om klaseammunisjon betyr ikke at de står fritt med hensyn til klaseammunisjon. Humanitærrettslige prinsipper, sedvanerett og andre traktater vil også gjelde for klaseammunisjon. I dette avsnittet vil jeg derfor se nærmere på disse sammenhengene. Prinsippene og sedvaneretten er så nær beslektet at jeg velger å behandle dem under ett. Jeg fortsetter så med Genève-konvensjonene av 1949, med Tilleggsprotokoll I og II samt CCW og de aktuelle protokollene.

7.1 Humanitærrettslige prinsipper og humanitær sedvanerett generelt

7.1.1 Oversikt

Kildene for humanitærrettslige prinsipper er mange. Martens -formelen (jf avsnitt 5.3) danner på mange måter utgangspunktet. Det essensielle fra formelen er også uttrykt i ICJs statutter art. 381(c); "the general principles of law recognized by civilized nations." Kolb peker på i alt fem prinsipper: "the distinction between civilians and combatants, the prohibition to attack those *hors de combat*, the prohibition [not] to inflict unnecessary suffering, the principle of necessity and the principle of proportionality"⁸⁹ Prinsippene gjelder i internasjonale og interne konflikter, med unntak av regelen om effekten av angrep⁹⁰ som er diskutabel hva angår interne konflikter.

Som et ledd i forhandlingene i CCW ble det i 2005–2006 også gjennomført en studie blant statspartene mht humanitærrettslige prinsipper (CCW-studien). Studien var basert på et spørreskjema og skriftlige eller muntlige svar til dette. Hensikten var å få et klarere bilde av hvilke prinsipper statspartene mente hadde betydning ved bruk av våpen som medfører eksplosive etterlatenskaper, herunder klaseammunisjon. Materialet er behandlet ved Asia Pacific Centre for Military Law, University of Melbourne, Australia.⁹¹

⁸⁹ Kolb (2008) s. 15–16.

⁹⁰ ICRCs sedvanerettsstudie Vol I s.68.

⁹¹ University of Melbourne (2006) CCW/GGE/XIII/WG.1/WP.12 [www.http://unog.ch/disarmament](http://unog.ch/disarmament) .

Verdien av undersøkelsen er noe begrenset fordi kun 33 stater eller ca en tredjedel av CCWs statsparter svarte på spørreskjemaene. Det foreligger imidlertid svar fra Brasil, Finland, Kina, Pakistan, Russland og USA, som ikke har sluttet seg til Konvensjonen om klaseammunisjon. I så måte representerer svarene i noen grad forskjellige synspunkter. Alle ovenstående humanitærrettslige prinsipper framkom også i studien. Det var ingen svar som tydet på at noen av nevnte prinsipper er irrelevante. I studien er prinsippene gruppert og behandlet under de overskriftene som jeg benytter nedenfor

Det underliggende da studien ble lansert var at enkelte stater ikke ville binde seg til noe forbud eller svært strenge reguleringer slik det senere ble lagt opp til i Oslo-prosessen. Tvert imot rettet man hovedfokus mot ansvarlig bruk. For eksempel la USA i april 2008, under et ekspertmøte i CCW, fram forslag til spesifikke bestemmelser om bruk av klaseammunisjon i tråd med internasjonal humanitærrett.⁹²

7.1.2 Militær nødvendighet og humanitet som generelle prinsipper

Disse prinsippene er ikke formulert som egne regler i ICRCs sedvanerettsstudie. Men ICRC har i et brev til CCWs ekspertgruppe⁹³ hevdet at militær nødvendighet er et generelt prinsipp som må balanseres mot prinsippet om humanitet. ICRC mener at utgangspunktet er fortalen til St. Petersburg erklæringen av 1868 ”... to conciliate the necessities of war with the laws of humanity.”⁹⁴ ICRC refererer dessuten til Martens-formelen (jf avsnitt 5.3) og til innarbeidingen av denne i Tilleggsprotokoll I.

Majoriteten av statene i CCW-studien mente at prinsippene er relevante for bruk av klaseammunisjon. I svarene ble det vist til Haag konvensjon IV av 1907, Martens-formelen samt innarbeidingen i Tilleggsprotokoll I, Protokoll I, revidert Protokoll II, Protokoll III og Protokoll IV til CCW. En stat tok i sitt svar til orde for at klaseammunisjon burde forbys.

⁹² USA (2008) CCW/GGE/2008-II/WP.1 [www.http://unog.ch/disarmament](http://unog.ch/disarmament).

⁹³ ICRC, Existing Principles and Rules of International Law Applicable to Munitions that may become Explosive Remnants of War, CCW/GGE/XI/WG.1/WP.7 (28 July 2005) [www.http://unog.ch/disarmament](http://unog.ch/disarmament).

⁹⁴ St. Petersburg Declaration 11 December 1868.

Når det gjelder prinsippet om humanitet har ICRC forklart nærmere at dette er et generelt prinsipp som begrenser militære operasjoner når det ikke finnes noen annen spesifikk humanitærrettslig regel.

Prinsippet om militær nødvendighet innebærer at det er lovlig å benytte dødelig militær styrke for lovlige militære formål – mot fiendtlige styrker og militære mål. Prinsippet om humanitet står i kontrast til dette og forbyr å påføre lidelse, skade eller ødeleggelse utover det som er nødvendig for å oppnå de militære målene. Prinsippet om humanitet virker i praksis som en begrensning på hva som er militært tillatt.

Selv om majoriteten av statene støttet at prinsippet om militær nødvendighet må balanseres mot humanitet var det ingen enighet om at dette burde føre til et forbud mot klaseammunisjon. Stater som var for bruk av klaseammunisjon mente at prinsippet om militær nødvendighet ga anledning til bruk såfremt ingen spesifikk regel var til hinder for det. De stater som var mot bruk av klaseammunisjon mente prinsippet om humanitet måtte gis større vekt særlig på grunn av det store antall blindgjengere fra klaseammunisjon.

7.1.3 Distinksjonsprinsippet

Dahl har formulert prinsippet på følgende måte: ”Man plikter derfor å skille mellom militære mål og sivile gjenstander/personer.”⁹⁵ Som det framgår er prinsippet todelt og gjelder både sivile personer (befolkningen) og gjenstander (objekter). Annen del av prinsippet betegnes på engelsk ofte som ”discrimination”.

Prinsippet er kodifisert i Tilleggsprotokoll I, Protokoll II, revidert Protokoll II og Protokoll III til CCW. Tilleggsprotokoll II nevner ikke dette forholdet eksplisitt, men det vide forbudet i art. 13(1) anses dekkende.⁹⁶ ICCs vedtekter spesifiserer ikke angrep på sivile gjenstander under interne konflikter, men sier at ødeleggelse av eiendom er en krigsforbrytelse med mindre det er helt nødvendig ”imperatively demanded by the necessities of the conflict”⁹⁷.

⁹⁵ Dahl (2008) s. 83.

⁹⁶ Ibid s. 27.

⁹⁷ Statute of the ICC art. 8(2)(e)(xii).

I ICRCs sedvanerettsstudie er prinsippet stilt opp som to sedvanerettsregler. Regel nr. 1: "The parties to the conflict must at all times distinguish between civilians and combatants. Attacks may only be directed against combatants. Attacks must not be directed against civilians."⁹⁸ Regel nr. 7: The parties to the conflict must at all times distinguish between civilian objects and military objectives. Attacks must not be directed against civilian objects." ICRCs sedvanerettsstudie framholder dessuten at sistnevnte regel styrkes av følgende sedvanerettsregler: nr. 11–13 og 71.⁹⁹ Regel nr. 71 innebærer at våpen som i seg selv mangler evnen til å skille mellom sivile objekter og militære mål er forbudt. De øvrige fokuserer på at angrep hvor det er vanskelig å opprettholde slikt skille ikke må finne sted.

CCW-studien viste at majoriteten av statene mener at prinsippet har betydning for krigens etterlatenskaper, herunder klaseammunisjon. I studien vises det til ICCs vedtekter og understrekes at enhver planlagt bruk av ammunisjon (og klaseammunisjon) for at det skal bli mange blindgjengere som blir en trussel mot sivilbefolkningen vil være en krigsforbrytelse.¹⁰⁰ Man kan spørre om Israels bruk av klaseammunisjon i Libanon i 2006 bør ses under en slik vinkel.

Studien viser ingen framtreddende enighet om hvordan prinsippene skal oppfattes.

For det første er det uenighet om betydningen av blindgjengere. Noen stater mener at blindgjengere representerer stor fare og ulempe for sivile og forblir et brudd på distinksjonsprinsippet lenge etter at den væpnede konflikten er over. Motsatt mener noen at blindgjengerandelen er marginal, og bare en risiko for sivile om de røres eller flyttes på.

For det andre er det uenighet om klaseammunisjon er egnet for angrep på militære mål som er lokalisert i sivile områder uten å bryte med distinksjonsprinsippet. Stater som mener dette er vanskelig tok til orde for forbud mot bruk. Motstanderne mot forbud tok til orde for at eksisterende folkerettelige regler er adekvate og de la særlig vekt på prinsippet om militær nødvendighet.

⁹⁸ ICRCs sedvanerettstudie (2005) Vol I, s.3.

⁹⁹ ICRCs sedvanerettstudie (2005) Vol I s. 37, 40, 43, 244.

¹⁰⁰ CCW-studien s.9.

7.1.4 Proporsjonalitet

Essensen i dette prinsippet er at ”i tilfelle konflikt mellom militær fordel og sivile skader, er man forpliktet til å avstå fra den militære fordel dersom de sivile skadene må forventes å bli ”for store” (”excessive”) i forhold til den forventede militære fordel.”¹⁰¹ Prinsippet er kodifisert i Tilleggsprotokoll I og revidert Protokoll II til CCW. Dessuten er tilsvarende klassifisert som krigsforbrytelse i flg. vedtektene for ICC art. 8.

Prinsippet er listet i ICRCs sedvanerettsstudie som regel nr. 14 ”Launching an attack which may be expected to cause incidental loss of civilian life, injury to civilians, damage to civilian objects, or a combination thereof, which would be excessive in relation to the concrete and direct military advantage anticipated, is prohibited.”¹⁰²

Proporsjonalitet var det prinsippet som ble sterkest vektlagt av statene i CCW-studien. Studien avdekket imidlertid variasjon i hvordan prinsippet skal forstås og anvendes. Det er reist spørsmål om det er uproporsjonalt å bruke mer ammunisjon enn strengt nødvendig, spesielt klaseammunisjon for å sikre at angrepet blir vellykket. Et annet diskusjonspunkt var om avveiningen bare gjelder sivile og sivile objekter i det aktuelle målområdet eller om man må ha i tankene områder i nærheten. På samme måte er det spørsmål om hvordan man skal vurdere områder som sivile vil vende tilbake. En annen vurdering er om bare et kortsiktig perspektiv på tidspunktet for angrepet skal legges til grunn eller om man må tenke på de langsiktige skadevirkningene. Alle disse vurderingene skal gjøres av den aktuelle sjef på tidspunktet for angrep. Jeg avslutter dette avsnittet med et direkte sitat fra CCW-studien: “Those states keen to continue using cluster munitions in civilian areas will undoubtedly be subject to ever more strident criticism that the ERW¹⁰³ effects of its choice weapons are in violation of the rule of proportionality ”¹⁰⁴

¹⁰¹ Dahl (2008) s. 82.

¹⁰² ICRCs sedvanerettstudie (2005) Vol I, s. 46.

¹⁰³ Explosive Remnants of War/krigens eksplosive etterlatenskaper (blindgjengere).

¹⁰⁴ CCW-studien s. 14.

7.1.5 Forholdsregler under angrep

Dette prinsippet trer ikke klart fram av Dahls oversettelse og utdyping, men vi finner det generelle uttrykket: “ minst mulig skader og lidelser på sivile”¹⁰⁵. I ICRCs sedvanerettsstudie dekkes dette prinsippet av flere regler: nr. 15 ” ... precautions must be taken to avoid, and in any event to minimise, incidental loss of civilian life ...” nr.17 ”precautions in the choice of means and methods of warfare with the view to avoiding, and in any event to minimising, incidental loss to civilian life ...” nr. 19 “ ... to cancel or suspend an attack if it becomes apparent that the target is not a military objective ...”, nr. 21 “ ... the objective to be selected must be that the attack on which may be expected to cause the least danger to civilian lives ... “ og nr. 22 “ ... precautions to protect the civilian population ...”¹⁰⁶

Reglene er kodifisert i Tilleggsprotokoll I, mens Tilleggsprotokoll II inneholder spesifikke bestemmelser. Man bør imidlertid merke seg at brudd på disse reglene ikke uten videre regnes som krigsforbrytelser etter vedtektene for ICC art. 8. Dette skyldes at bruken av begrepet ”feasible” – mulig/gjennomførbart gjør det vanskelig å fastslå rettslig ansvar.

Prinsippet om precautions in attack ble framhevet av ca halvparten av statene i CCW-studien. Reglene innebærer at det må tas utstrakte hensyn til sivile og sivile gjenstander under militære operasjoner generelt, ikke bare under angrep (tross formuleringen av selve prinsippet). Det synes å være en felles oppfatning at statene har en plikt til å velge slike våpen som resulterer i få ERW/blindgjengere, særlig fordi slike fortsetter drepe og skade sivile lenge etter at fiendtlighetene har opphørt. Klaseammunisjon er på grunn av sine karakteristika en kandidat for nøye vurdering. Videre var det mye usikkerhet knyttet til begrepet ”feasible” – mulig/gjennomførbart.

7.1.6 Unødig skade eller unødvendig lidelse

Dette prinsippet trer fram i Dahls oversettelse og utdyping slik: ”Militær nødvendighet tilsier at disse [fiendens soldater] må gjøres kampudyktige, men ikke at de må drepes eller

¹⁰⁵ Dahl (2008) s. 82.

¹⁰⁶ ICRCs sedvanerettsstudie Vol I, s. 51, 56, 60, 65, 68.

påføres unødige lidelser.¹⁰⁷ Dette indikerer at prinsippet primært gjelder for soldater. Sivile og sivile objekter er dekket av øvrige prinsipper.¹⁰⁸

Også dette prinsippet bygger på sedvanerett og framkommer i ICRCs sedvanerettsstudie som regel nr. 70 ” The use of means and methods of warfare which are of a nature to cause superfluous injury or unnecessary suffering is prohibited.”¹⁰⁹ Reglen er kodifisert i Tilleggsprotokoll I, fortalen til CCW-konvensjonen, Protokoll II, revidert Protokoll II og Minekonvensjonen. Vedtektene for ICC inneholder tilsvarende i art. 8(2)(b)(xx).

Majoriteten av statene i CCW-studien tillegger dette prinsippet vekt.

Regelen kan ses under to synsvinkler. For det første innebærer den et forbud mot å bruke våpen som i seg selv er utviklet for å påføre skade av den karakter som er nevnt. Det andre elementet er et forbud mot å bruke våpen som ellers er lovlig på en slik måte at de har denne virkningen. Det er oppfatningen i CCW-studien at klaseammunisjon må vurderes i lys av dette prinsippet på grunn av det store antall blindgjengere som oppstår.

7.2 Genève-konvensjonene av 1949 og Tilleggsprotokoll I og II av 1977

7.2.1 Oversikt

Målsettingen med Genève-konvensjonene er beskyttelse av krigens ofre. De fire konvensjonene har full tilslutning fra verdens stater og omfatter:

- Konvensjon I – syke og sårede i felt
- Konvensjon II – syke, sårede og skipbrudne til sjøs
- Konvensjon III – krigsfanger
- Konvensjon IV – sivile i motpartens hender

¹⁰⁷ Dahl (2008) s. 82–83.

¹⁰⁸ CCW-studien s. 19.

¹⁰⁹ ICRCs sedvanerettsstudie Vol I, s. 237.

Roberts understreker at konvensjonene har et stort antall statsparter og at størstedelen av innholdet i konvensjonene er å anse som folkerettslig sedvane.¹¹⁰ Begge momenter innebærer at Genève-konvensjonene gjelder generelt i væpnet konflikt for alle stater.

Konvensjonene inneholder en artikkel 3 som er lik for alle (felles) og gjelder ikke-internasjonale (interne konflikter). Denne artikkelen setter en felles minimumsstandard for behandling av personer som ikke tar aktivt del i kamphandlingene og for syke og sårede.

Etter at Genève-konvensjonene ble vedtatt i 1949 utviklet krigføringen seg med et større innslag av interne konflikter og geriljakrigføring. Dette medførte nye utfordringer med hensyn til krigens rett og avdekket behov for ytterligere beskyttelse av ofrene. Denne utviklingen førte til at man i 1977 fikk Tilleggsprotokoll I (internasjonale konflikter)¹¹¹ og Tilleggsprotokoll II (interne konflikter).¹¹² Det er i tilleggsprotokollene vi finner nærmere bestemmelser om metoder og midler i krigføringen som er av interesse for problemstillingene i oppgaven.

7.2.2 Tilleggsprotokoll I

Tilleggsprotokoll I gjelder for internasjonale konflikter (noe utvidet) og omfatter et vidt spekter av forpliktelser som beskyttelse av syke og sårede, mål og midler for krigføringen, beskyttelse av sivilbefolkning og sivile objekter fra fiendtligheter. I innledningen om Protokoll I peker Roberts på at flere forhold var kontroversielle da protokollen ble vedtatt.¹¹³ Dette gjelder både de detaljerte reglene om militære angrep og at protokollens virkeområde er utvidet fra internasjonal konflikt til frigjøringskriger ol. Mange stater har reservert seg mot enkelte bestemmelser i denne protokollen.¹¹⁴ Protokollen er omfattende og inndelt i seks deler. I del I – alminnelige forpliktelser finner man protokollens hensikt

¹¹⁰ Roberts (2007) s. 196.

¹¹¹ Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and Relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts (Protocol I).

¹¹² Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and Relating to the Protection of Victims of Non-international Armed Conflicts (Protocol II).

¹¹³ Roberts (2007) s. 421.

¹¹⁴ Roberts (2007) s. 420-421.

og omfang samt artikkel 3 som nevnt over. Del II omhandler syke, sårede og skipbrudne. I Del III finner man bestemmelsene om metoder og midler i krigføringen, herunder art. 35 som jeg kommer til nedenfor. Videre inneholder del IV bestemmelser om sivilbefolkningen, også av betydning for denne oppgaven, dernest følger mer avtaletekniske bestemmelser.

Følgende artikler har betydning i sammenheng med klaseammunisjon.

Art. 1 nr. 2 hjemler at i forhold som ikke dekkes av protokollen skal sivile og stridende forbli under beskyttelse av folkerettens prinsipper, sedvanerett og i samsvar med den offentlige samvittighets krav (jf Martens-formelen)¹¹⁵.

I art. 35 fastsettes grunnleggende regler for våpenbruk. Nr. 1 og 2 fastslår at de stridende parter ikke står fritt med hensyn til valg av metoder og midler i krigføringen. Videre at det er forbudt å anvende slike metoder og midler som medfører unødige skader og unødvendig lidelse. Det humanitærrettslige prinsippet om ”superfluous injury or unnecessary suffering” (sedvanerettsregel nr. 70) er altså tatt inn i protokollen. Reglene gjelder i forhold til sivile så vel som militære. Det er nødvendig å ta begge hensyn dersom man vurderer bruk av klaseammunisjon.

I art. 36 stilles det krav om forhåndsvurdering av om nye våpensystemer vil være forbudt etter protokollen eller andre humanitærrettslige regler. Med andre ord er dette en bestemmelse av preventiv karakter.

I Art. 48 er det tatt inn en grunnleggende regel om distinksjon. Distinksjonsprinsippet er gjenkjennbart i denne artikkelen selv om ICRCs sedvanerettsstudie har formulert det samme i to regler nr. 1 og 7. Betydningen er den samme, at det til enhver tid skal skilles mellom sivile og militære samt mellom sivile objekter og militære mål.

Dernest følger i art. 49(1) – definisjon av hva som er å forstå med angrep; bestemmelsen gjelder hele territoriet uavhengig av hvilken part som har kontroll. Fokus er sivile og sivile objekter på land uavhengig av om angrepet gjennomføres fra land, sjøen

¹¹⁵ Dahl (2008) s. 48.

eller lufta. Av dette kan man utlede at angrep med klaseammunisjon vil være omfattet uansett levering fra land, luft eller sjø.

I Art. 51 videreføres hensynet til sivile førts med en generell bestemmelse om at befolkningen(e) og individuelle sivile skal beskyttes mot farene ved militære operasjoner. Dette utgangspunktet følges av detaljerte regler i samme artikkel nr. 2.–6. Herunder finner man nærmere bestemmelser om at sivile ikke skal gjøres til angrepsmål og at angrep som ikke skiller klart mellom sivile og militære er forbudt (4). Dette innebærer en ytterligere understreking av distinksjonsprinsippet, og artikkelens nr. 5(a) peker i detalj på hva som kreves for å overholde distinksjonsprinsippet ved angrep. I samme artikkel nr. 5(b) er proporsjonalitetsprinsippet gjengitt direkte.

I art. 52 videreføres distinksjonsprinsippet med hensyn til sivile objekter. Det presiseres at bare militære mål kan angripes, Militære mål er nærmere definert i art. 52 nr. 2.

Prinsippet om forholdsregler under angrep er inkludert i art. 57.

7.2.3 Sammenligning

Under gjennomgangen ovenfor har jeg indikert hvilke humanitærrettslige prinsipper jeg mener ligger til grunn for den enkelte bestemmelse eller har virket inn på den. Jeg mener at ovenstående bekrefter at alle de humanitærrettslige prinsippene som er behandlet i avsnitt 7.1 er godt dekket og står sterkt til dels svært sterkt i Tilleggsprotokoll I. Bestemmelsene gjelder generelt og innebærer ikke noe forbud mot spesifikke våpentyper. Imidlertid inneholder Protokoll I en rekke detaljerte bestemmelser for gjennomføring av militære operasjoner, valg av og bruk av våpen. Alle bestemmelsene vil representere en utfordring ved planlegging og bruk av klaseammunisjon. Dette skyldes ammunisjonstypens karakteristika, særlig den høye blindgjengerandelen. Eventuelt brudd med bestemmelsene kan forfølges rettslig ved ICJ (forutsatt at staten det gjelder har undertegnet vedtektene). Rettslig forfølging ved ICC er også mulig gitt at det kan påvises brudd som kan henføres under vedtektene art. 8, krigsforbrytelser. Protokoll I inneholder bare et mindre preventivt tiltak (vurderingen av framtidig ammunisjon).

Konvensjonen om klaseammunisjon dekker internasjonale konflikter på samme måte som Protokoll I. Den vil virke mer preventivt til sammenligning fordi forbudet Protokoll I. Den har langt større effekt på grunn av kravet om substansiell støtte til sivile etter konflikt er pålagt og satt i system. Betydningen av Tilleggsprotokoll I reduseres noe av de mange reservasjoner fortolkninger som finnes. Dette er det ikke åpnet for i Konvensjonen om klaseammunisjon. Imidlertid vil konvensjonen bare gjelde for stater som slutter seg til mens Tilleggsprotokoll I er mer universell.

At klaseammunisjon dekkes av to (eller flere konvensjoner/protokoller) vil medføre at forskjellige sett av humanitærrettslige bestemmelser vil gjelde for partene i en og samme konflikt.

7.2.4 Tilleggsprotokoll II

Tilleggsprotokoll II gjelder for interne konflikter og omfatter langt færre og mindre omfattende forpliktelser enn Tilleggsprotokoll I. Antall artikler ble redusert fra 48 til 28 under de avsluttende forhandlingene på grunn av uenighet om opprørsgrupper i interne konflikter skulle beskyttes.¹¹⁶ Det er foretatt en avgrensning mot de konflikter som angitt i Tilleggsprotokoll I og mot intern uro, opptøyer og sporadisk vold, jf art. 1.

Det er protokollens artikkel 13 som har betydning i denne sammenheng. I denne artikkelen kjenner vi igjen fra Tilleggsprotokoll I art. 51, den generelle bestemmelsen om befolkningen(e) og individuelle sivile skal beskyttes mot farene ved militære operasjoner. Videre er det i samme artikkel (2) presisert at befolkningen eller individuelle sivile ikke skal angripes eller trues med vold som har som eneste hensikt å spre frykt (terror). Dette er vagt formulert sammenliknet med de detaljerte bestemmelsene i Tilleggsprotokoll I, men for å overholde forbudet mot angrep på sivile må man gjennom samme vurderinger som etter Tilleggsprotokoll I. Klaseammunisjonens karakteristika med unøyaktighet, spredning og blindgjengere gjør seg gjeldende på samme måte selv om det er snakk om intern konflikt.

¹¹⁶ Roberts (2007) s. 482.

7.2.5 Sammenligning

Sivilbefolkningen og individuelle sivile har altså langt svakere vern i interne konflikter enn i internasjonale væpnede konflikter (Tilleggsprotokoll I). Konvensjonen om klaseammunisjon skiller ikke på de to typene væpnede konflikter. Dette medfører en betydelig forbedring for sivilbefolkningen under intern konflikt i stater som har sluttet seg til konvensjonen sammenlignet med andre. Stater som ikke slutter seg til Konvensjonen om klaseammunisjon kan dekke seg bak å ha akseptert den langt svakere normen i Tilleggsprotokoll II.

7.3 CCW

7.3.1 Oversikt

CCW er en rammekonvensjon med fem tilhørende spesifikke protokoller for visse våpen (eller forhold) som kan medføre unødig skade eller ramme vilkårlig. CCW medfører både forbud mot visse våpen og restriksjoner på bruk av andre. CCWs protokoller er som følger:

- Protokoll I - våpen hvis fragmenter ikke vises på røntgen
- Protokoll II - miner, minefeller og andre midler
- Protokoll II - revidert
- Protokoll III - brannstiftende våpen
- Protokoll IV - blindende laservåpen
- Protokoll V - krigens eksplosive etterlatenskaper

I tillegg pågår det forhandlinger om klaseammunisjon.

I sammenheng med klaseammunisjon er det selve CCW konvensjonen, revidert Protokoll II, Protokoll V, samt forhandlingene det er aktuelt å drøfte.

Tre forhold ved CCW må understrekes:

For det første har CCW konvensjonen 110 statsparter, og reglene er slik at stater kan være part til selve konvensjonen uten å ha ratifisert alle protokollene. Dette innebærer at alle statsparter ikke nødvendigvis er bundet på samme måte. Videre ble virkeområdet for CCW konvensjonen og de tilhørende protokollene, ved en revisjon i 2001, utvidet fra å gjelde bare i internasjonale konflikter til også å omfatte interne konflikter (CCW

art. 1 nr. 2).¹¹⁷ Dette ble gjort ved referanse til Felles artikkel 3 i Genève-konvensjonene av 1949. For det tredje baseres forhandlinger i CCW på prinsippet om (full) enighet selv om dette ikke er reflektert i CCW konvensjonens tekst. Dette er kontroversielt og kan medføre at forhandlingene går seint og at resultatene uteblir slik det ser ut når det gjelder klaseammunisjon.

7.3.2 CCW revidert Protokoll II

93 av de 110 statspartene til CCW har også ratifisert revidert Protokoll II. Den reviderte protokollen er utvidet og forbedret. Det er derfor ingen grunn til å dvele nærmere ved den opprinnelige Protokoll II. Protokollen fra 1996 omfatter bruk av miner, minefeller og andre midler. Protokollen gjelder både for internasjonale og interne konflikter. Dette er gjort med en henvisning direkte til felles artikkel 3 til Genève-konvensjonene av 1949.¹¹⁸ Protokoll II representerer ikke noe totalforbud mot antipersonellminer slik som Minekonvensjonen, men inneholder et sett av forbud og restriksjoner knyttet til bruk av alle typer miner. De statene som har valgt å stå utenfor Oslo-prosessen; Brasil, Finland, India, Israel, Kina, Pakistan, Russland og USA er statsparter til revidert Protokoll II. Dersom klaseammunisjon faller inn under minedefinisjonen i revidert Protokoll II kommer alle protokollens bestemmelser til anvendelse. Definisjonen lyder som følger:

”1. “Mine” means a munition placed under, on or near the ground or other surface area and designed to be exploded by the presence, proximity or contact of a person or vehicle.

2. “Remotely delivered mine” means a mine not directly emplaced but delivered by artillery, missile, rocket, mortar or similar means, or dropped from an aircraft. Mines delivered from a land-based system from less than 500 metres are not considered “remotely delivered”¹¹⁹

¹¹⁷ CCW konvensjonen <http://unog.ch/> 12.10.2009.

¹¹⁸ CCW revidert Protokoll II art. 1(2).

¹¹⁹ Ibid art. 2(1) og (2).

Klaseammunisjon og spesielt blindgjengere fra slik ammunisjon har karakteristika som passer ganske godt med definisjonens nr. 1. Det er sannsynlig at de vil eksplodere ved nærhet eller kontakt med en person eller et kjøretøy. Ser man hen til leveringsmåten i definisjonens nr. 2 svarer substridsdelene godt til fjernleverte miner/remotely delivered mines. Jeg mener det springende punkt er designkriteriet i definisjonens nr. 1. Klaseammunisjon er konstruert for å eksplodere i en viss avstand fra målet (for eksempel i en forhåndsbestemt høyde over) eller ved direkte treff. Miner har en mer passiv funksjon og er konstruert for å eksplodere dersom en person eller et kjøretøy kommer i kontakt. Dette innebærer at klaseammunisjon etter en streng fortolkning neppe kan anses som en mine. En slik tolkning samsvarer med at Konvensjonen om klaseammunisjon gjør en klar avgrensning mot miner.

Dersom man tar det motsatte standpunkt ville klaseammunisjon dekkes av en rekke forbud og restriksjoner. Distinksjonsprinsippet trer fram igjen og fjernleverte miner skal være utstyrt med selvødelegges- og deaktiveringsmekanismer. Revidert Protokoll II legger dessuten visse restriksjoner på overføring av miner.¹²⁰

7.3.3 Sammenligning

Dersom revidert Protokoll II kunne gjøres gjeldende overfor stater som ikke har ratifisert Konvensjonen om klaseammunisjon ville det innebære noe heving av humanitærrettslig standard og sikre at disse bestemmelsene kommer til anvendelse i interne væpnede konflikter. Revidert Protokoll II befatter seg hovedsaklig med bruk og når ikke opp til den normen som settes i Konvensjonen om klaseammunisjon.

¹²⁰ Ibid art. 8.

7.3.4 CCW Protokoll V

Denne protokollen er relativt ny og 61 av de 110¹²¹ statspartene til CCW har til nå ratifisert Protokoll V. De statene som har valgt å stå utenfor Oslo-prosessen med unntak av Israel og Brasil er statsparter til protokollen. Protokoll V omfatter eksplosive krigsetterlatenskaper av alle slag, inkludert klaseammunisjon. Protokollen gjelder både for internasjonale og interne konflikter ved en direkte henvisning til felles artikkel 3 til Genève-konvensjonene av 1949.¹²²

Protokollen pålegger ansvar og anviser tiltak som skal bøte på den humanitære risiko og ulempene for sivilbefolkningen som følger av eksplosive krigsetterlatenskaper – etter væpnet konflikt.

Det sentrale begrepet i Protokoll V er krigens eksplosive etterlatenskaper, Explosive Remnants of War (ERW).¹²³ I definisjonene avgrenses begrepet mot miner slik disse er definert i revidert Protokoll II.¹²⁴ Protokoll V definerer igjen to underkategorier; ammunisjon som har vært benyttet og blitt liggende igjen ueksplodert og ammunisjon som er etterlatt ubrukt. Blindgjengere av klaseammunisjon faller i førstnevnte kategori og etterlatt klaseammunisjon i den andre og dekkes altså av Protokoll V.

Bestemmelsene i Protokoll V medfører at statspartene i en konflikt har ansvar for ERW på alt territorium under deres kontroll. De videre bestemmelser fokuserer på rydding, fjerning og destruksjon med prioritet til slike områder som er av betydning for sivilbefolkningen.¹²⁵ Det finnes også bestemmelser som tar sikte på å beskytte sivilbefolkningen mot risiko og effekt i form av merking varsling og opplysning. Videre finnes det bestemmelser om at statsparter som har mulighet for det skal bidra med

¹²¹ States Parties and Signatories to CCW [www.http://unog.ch/disarmament](http://unog.ch/disarmament) 12.10.2009.

¹²² CCW Protocol V art. 3.

¹²³ Ibid art. 2(4).

¹²⁴ Ibid art. 2 (1).

¹²⁵ Ibid art. 3 (1)–(3).

rehabilitering og sosial og økonomisk reintegrering av ofra for ERW.¹²⁶ Det er dessuten noe fokus på frivillige tiltak mht ammunisjons pålitelighet og hensyn ved overføring.¹²⁷

7.3.5 Sammenligning

Protokoll V kommer til anvendelse på klaseammunisjon etter bruk, men inneholder lite av forebyggende karakter og ingen forbud mot bruk, produksjon, lagring og overføring slik som Konvensjonen om klaseammunisjon. Protokoll V har betydning etter konflikt og kan da gjøres gjeldende for alle stater som har ratifisert protokollen. Det er derfor av betydning med mange ratifikasjoner på Protokoll V. Konvensjonen om klaseammunisjon innebærer en norm som eliminerer problemet med ERW/blindgjenger fra klaseammunisjon samtidig som ansvaret for rydding opprettholdes. Stater som ikke er innstilt på å slutte seg til Konvensjonen om klaseammunisjon kan henvise til Protokoll V som en tilstrekkelig norm.

7.3.6 CCW forhandlingene om klaseammunisjon

Til tross for den åpne norske invitasjonen til Oslo-prosessen under CCWs tilsynskonferanse i 2006 fortsatte arbeidet med klaseammunisjon også i CCW. Nedenstående mandat ligger til grunn og det har vært forhandlinger i 2007, 2008 og 2009

”To consider further the application and implementation of existing international humanitarian law to specific munitions that may cause explosive remnants of war, with particular focus on cluster munitions, including factors affecting their reliability and their technical and design characteristics, with a view to minimize the humanitarian impact of the use of these munitions.”¹²⁸

¹²⁶ Ibid art. 8 (1) og (2).

¹²⁷ Ibid, Technical Annex nr. 3(a) og (d).

¹²⁸ Final declaration CCW/CONF.III/11 (Part II) page 3 <http://www.unog.ch/disarmament/>.

Det er tre hovedtrekk ved mandatet som gjør at arbeidet skiller seg fra Oslo-prosessen. For det første anses klaseammunisjon som en del av problemet med explosive remnants of war/blindgjengere generelt. Dette er samme tilnærming som under CCW Protokoll V. For det andre er målet å klarlegge hvordan eksisterende humanitærrett kommer til anvendelse. For det tredje fokuseres det på tekniske forbedringer.

Et utkast til ny CCW - Protokoll VI - klaseammunisjon er utarbeidet og ble lagt fram for statsparstmøtet 12.–13. november. Protokollen som er framlagt skal gjelde for internasjonale og interne konflikter. Dette er gjort ved henvisning til CCW konvensjonens art. 1(1–6). Forslaget inneholder en definisjon som ligner på definisjonen i Konvensjonen om klaseammunisjon, inkludert kravene knyttet til antall, vekt, målsøking, selvdestruksjon og selvdeaktivering (jf avsnitt 3.2.3). Også i denne definisjonen må Klaseammunisjon inneha alle disse egenskapene for å anses unntatt. Protokollen inneholder forbud mot bruk, utvikling, produksjon og anskaffelse av klaseammunisjon som faller inn under definisjonen. Effekten av forbudet reduseres imidlertid av to alternative unntak. Det ene fokuserer på at klaseammunisjonen må treffe nøyaktig og at substridsdelene etter bruk må være ufarlige. Det andre har samme innretting mht nøyaktighet og et krav om blindgjengerandel på mindre enn 1 %. I protokollen legges det opp til en overgangsperiode på åtte år regnet fra når den enkelte stat ratifiserer. Videre inneholder protokollen bestemmelser om lagring, overføring, ødeleggelse og rydding. Protokollen har en egen artikkel om støtte til ofre for klaseammunisjon.

Statene som har vært aktive i Oslo-prosessen har vært nøytrale eller moderat positive til forhandlingene i CCW og Statsparstmøtet 12.–13. november 2009 forlenget mandatet for ett år til.¹²⁹

7.3.7 Sammenligning

Hovedforskjellen mellom den foreslåtte Protokoll VI og Konvensjonen om klaseammunisjon er de betydelige unntakene som gjøres fra selve forbudet og at det innrømmes overgangsperioder. Protokoll VI innebærer derfor en lavere humanitærrettslig

¹²⁹ E-post fra seniorrådgiver Annette Abelsen Utenriksdepartementet.

norm enn Konvensjonen om klaseammunisjon. Den vil gi de stater som ikke vil slutte seg til konvensjonen en åpning for å velge den lavere normen. Vedtak av en CCW Protokoll VI vil kunne redusere tilslutningen til Konvensjonen om klaseammunisjon.

7.4 Delkonklusjon humanitærrettslige prinsipper, sedvanerett og andre traktater
Humanitærrettslige prinsipper, sedvanerett og andre traktater som kommer til anvendelse på klaseammunisjon inneholder alt overveiende regler som gjelder under væpnet konflikt og bruk av våpen generelt. Bildet er fragmentert og statene vil være bundet på forskjellig måte avhengig av hvilke konvensjoner/protokoller de har ratifisert (og eventuelle reservert seg fra) samt om det er snakk om en internasjonal eller intern konflikt. Konvensjonen om klaseammunisjon representerer en enhetlig høy norm på området klaseammunisjon. Den medfører at utfordringen med å overholde andre konvensjoner/protokoller elimineres hva angår denne problematiske ammunisjonstypen.

8 Konklusjon

Konvensjonen om klaseammunisjon innebærer et svært omfattende forbud mot denne ammunisjonstypen og vidtrekkende humanitære forpliktelser. Den er av ny dato og har ennå ikke trådt i kraft. Spørsmålet om Konvensjonen om klaseammunisjon vil oppnå status som folkerettslig sedvane kan besvares på to måter.

For det første oppfyller konvensjonen ikke kriteriene for tradisjonell folkerettslig sedvanerettsdannelse, i hvert fall ikke på nåværende tidspunkt. Årsakene til dette er at det ikke foreligger noen enhetlig og generell praksis som reflekterer konvensjonens bestemmelser. Selv om mange stater har sluttet seg til, gjør det seg ikke gjeldende noen felles oppfatning, *opinio juris*, om at bestemmelsene i Konvensjonen om klaseammunisjon er rettslig bindende. Tvert imot har jeg identifisert minst åtte stater som går mot forbudet og bare er villig til å holde fast ved status quo eller støtte en langt svakere norm.

Dersom en øket tilslutning til konvensjonen finner sted slik at en overvekt eller majoriteten av verdens stater slutter seg til, vil dette styrke normen og legge grunnlag for at bestemmelsene etter hvert kan bli å anse som folkerettslig sedvane. Til tross for tilslutning fra en overvekt av verdens stater hadde forbudet i Minekonvensjonen ikke oppnådd sedvanerettslig status åtte år etter ikrafttreden. Dette indikerer at det er for tidlig å si om Konvensjonen om klaseammunisjon vil etablere seg som en ny humanitærrettslig norm i tradisjonell forstand. I denne sammenheng vil det være av betydning å se hvordan stater som er motstandere av Konvensjonen om klaseammunisjon vil innrette sin praksis og om disse statene endrer sin opinio juris.

Om man, for det andre, tar utgangspunkt i at Konvensjonen om klaseammunisjon er en viktig humanitærrettslig traktat kan man få et annet svar. Som jeg har vist har Konvensjonen om klaseammunisjon en helhetlig humanitær målsetting. Det omfattende forbudet eliminerer bruk av klaseammunisjon, pålegger ansvar for rydding og sikrer støtte til sivilbefolkningen i rammede områder. Dermed er den humanitære målsettingen i Oslo-erklæringen oppfylt. Legger man Casseses tilnærming til grunn bokstavelig, vil det innebære at Konvensjonen om klaseammunisjon allerede er å anse som folkerettslig sedvane. Imidlertid tar Cassese et vagt forbehold om tilslutning fra en overvekt av verdens stater. Konvensjonen om klaseammunisjon har innebygget en forpliktelse til å påvirke alle stater til å slutte seg til, og til å fremme konvensjonens normer. Dette sammen med arbeidet med å iverksette konvensjonen innebærer forventet økende tilslutning. En rask økning av tilsluttede stater vil gjøre at man kan konkludere som Cassese at man har å gjøre med en ny sedvanerettslig norm.

Konvensjonen om klaseammunisjon setter en felles streng norm for en overvekt av verdens stater. Brudd på den felles normen kan forfølges rettslig ved nasjonal rett og dernest ICJ eller ICC avhengig av om vedtektene er ratifisert. Det omfattende forbudet gjør at konvensjonen skiller seg vesentlig fra de mer generelle reguleringene av våpenbruk i Genève-konvensjonene av 1949, Tilleggsprotokoll I og II og CCW revidert Protokoll II og Protokoll V. Forbudet i Konvensjonen om klaseammunisjon vil kunne tydeliggjøre at klaseammunisjon har karakteristika som gjør det svært vanskelig å bruke slik ammunisjon uten å bryte andre traktatfestede regler.

Samtidig betyr dette at to vidt forskjellige normer gjelder inntil alle stater har sluttet seg til eller Konvensjonen om klaseammunisjon oppnår sedvanerettslig status. At forskjellige traktater og tilhørende normer kan komme til anvendelse for forskjellige stater (også i samme væpnede konflikt) bidrar ikke direkte til at det blir lettere med rettslig forfølgning av brudd. Arbeidet med iverksetting av konvensjonen og bidrag fra frivillige organisasjoner vil imidlertid kunne medføre mer fokus spesielt på bruk av klaseammunisjon. Dette kan tenkes å virke inn slik at rettslig forfølgning blir forsøkt i flere tilfeller.

En eventuell ny CCW Protokoll VI vil medføre ennå en annen norm for klaseammunisjon og dermed gjøre bildet av mulige rettslige grunnlag ennå mer fragmentert.

Når en overvekt av verdens stater praktiserer forbud mot klaseammunisjon vil det kunne gjøre det vanskeligere for stater som ikke er tilsluttet å bryte reguleringene på bruk. Statene jeg har identifisert som er motstandere av konvensjonen erkjenner de humanitære utfordringene som følger av uansvarlig bruk av klaseammunisjon.

CCW-studien viser at også disse statene erkjenner at humanitærrettslige prinsipper og sedvaneretten gjelder for bruk av ammunisjonsstypen. At arbeidet fortsetter med ny CCW Protokoll VI som fokuserer på humanitærretten peker i samme retning. Tross ulempen med to eller flere forskjellige normer innebærer dette øket fokus og styrking av humanitærretten for stater som ikke er tilsluttet Konvensjonen om klaseammunisjon. Som det framkommer tidligere i oppgaven trer prinsippene om distinksjon, proporsjonalitet og unødig skade eller unødvendig lidelse fram som de viktigste. Disse prinsippene er også formulert som folkeretteslig sedvane og gjelder for alle stater. Bruk av klaseammunisjon har karakteristika som gjør at det lett vil føre til brudd på nevnte prinsipper dersom ammunisjonen brukes. Slike brudd kan som vi har sett åpne for rettslig forfølgning ved ICJ og ICC avhengig av at vedtektene er ratifisert.

De strenge rammene som er satt for militært samarbeid medfører også at det blir humanitærrettslig vanskelig å bruke klaseammunisjon. Dette vil gjøre seg særlig gjeldende under koalisjonsoperasjoner med deltagelse av stater som er tilsluttet og ikke er tilsluttet

konvensjonen. Et synlig tegn på tilpasning vil det være om alle samarbeidende stater legger seg på konvensjonens norm og avstår fra bruk av klaseammunisjon.

9 Henvisninger

9.1 Litteratur

Banning Cluster Munitions: Government Policy and Practice, Edited by Mines Action Canada, Canada, 2009.

Brownlie, Ian *Principles of Public International Law*, seventh edition Oxford, 2008.

Cassese, Antonio *International Law*, second edition Oxford 2005.

Customary International Humanitarian Law, Volume I, II and III [forkortelsen ICRCs sedvaneretsstudie er nyttet i masteroppgaven]. Edited by Hencaerts, Jean Marie and Doswald-Beck, Louise. First edition. International Committee of the Red Cross 2005.

Dahl, Arne Willy *Håndbok i militær folkerett*, 2.utgave Valdres, 2008.

Dullum, Ove. *Cluster weapons – military utility and alternative*. Kjeller, 2008.
<http://rapporter.ffi.no> Forsvarets Forskningsinstitutt rapport 2007/02345 [sitert 20.10.2009].

Dullum, Ove, King, Colin og Østern, Grethe. *M85 An analysis of reliability*. Oslo, 2007.
<http://norskfolkehjelp.no/filestore/m85.pdf>.

Folkerettslig tekstsamling. Redigert av Buflod, Magnus, Knut Anders Sannes og Kristoffer Aasebø. 2.utgave. Oslo, 2004.

Kolb, Robert and Hyde, Richard *An Introduction to the International Law of Armed Conflicts*, first edition Portland, 2008.

Nyland, Nicolai *Er stater folkerettslig forpliktet til å beskytte miljøet?*, avhandling for ph d-graden på Det juridiske fakultet ved UiO, disputasutgave. Oslo, 2009.

Roberts, Adam and Guelff, Richard *Documents on the Laws of War*, third edition Oxford, 2007.

Ruud, Morten og Ulfstein, Geir. *Innføring i folkerett* 3. Utgave. Oslo, 2006.

9.2 Nettdokumenter/steder

ICRC, Existing Principles and Rules of International Law Applicable to Munitions that may become Explosive Remnants of War, CCW/GGE/XI/WG.1/WP.7 (28 July 2005) [www.http://unog.ch/disarmament/](http://unog.ch/disarmament/) (meetings of the GGE, sessions in 2005, tenth session).

CCW, reports from meetings of the States parties(MSP) and Group of Governmental Experts(GGE).
[www.http://unog.ch/disarmament/](http://unog.ch/disarmament/)

Cluster Munition Coalition.
[www.http://stopclusterbombs.org/](http://stopclusterbombs.org/)

Oslo Conference on Cluster Munitions, 22–23 February 2007 Declaration.
<http://www.banclusterbombs.org/documentarchive/espace-presse/>.

Report on States Parties' Responses to the Questionnaire on International Humanitarian Law & Explosive Remnants of War (2006) CCW/GGE/XIII/WG.1/WP.12.
[www.http://unog.ch/disarmament/](http://unog.ch/disarmament/) (meetings of the GGE, sessions in 2006, thirteenth session).

*The Application of International Humanitarian Law to the Use of Cluster Munitions
Suggestions for discussion, Submitted by the United States of America (2008)*

CCW/GGE/2008-II/WP.1.

[www.http://unog.ch/disarmament](http://unog.ch/disarmament). (meetings of the GGE, sessions in 2008, second session).

9.3 Norske forarbeider

St.prp. nr. 57 (1982–1983) og kgl.res. 25.3.1983. Om samtykke til ratifikasjon av Konvensjonen om forbud mot eller restriksjoner på bruk av visse våpen som kan forårsake unødig skade eller som kan ramme vilkårlig, med protokoller.

Ot.prp. nr. 72 (1997–1998) Om lov om gjennomføring av Konvensjon om forbud mot bruk, lagring, produksjon og overføring av antipersonellminer og om ødeleggelse av slike miner.

St.prp. nr. 73 (1997–1998) Om samtykke til ratifikasjon av en konvensjon om forbud mot bruk, lagring, produksjon og overføring av antipersonellminer og om ødeleggelse av slike miner, undertegnet i Ottawa 3. desember 1997.

St.prp. nr. 4 (2008–2009) Om samtykke til inngåelse av Konvensjonen om klaseammunisjon.

Ot.prp. nr. 7 (2008–2009) Om lov om gjennomføring av Konvensjonen om klaseammunisjon.

9.4 Rettsavgjørelser etc.

Final Report to the Prosecutor by the Committee established to Review the NATO Bombing Campaign Against the Federal Republic of Yugoslavia.

<http://www.icty.org/>

ICTY, Case No. IT-95-11-T and IT-95-11-A.

<http://www.icty.org/case/martić/>

Legality of the threat or use of Nuclear Weapons in Armed Conflicts.

<http://www.icj-cij.org/docket/cases/advisoryproceedings>.

Rt-1987-729 Avbetalingsrentedommen.

Rt-2006-1348 Tilbakeholdelse av inntauede kjøretøyer.

Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Georgia v. Russian Federation) CR 2008/27.

<http://www.icj-cij.org/docket/cases/contentiouscases>.

9.5 Samtaler/henvendelser

Dahl, Arne Willy. Generaladvokat 31.10.2009.

Nergaard, Per. Norsk Folkehjelp 10.11.2009.

E-post fra seniorrådgiver Annette Abelsen Utenriksdepartementet 18.11.2009.

9.6 Traktater

Convention on Prohibitions or restrictions on the Use of Certain Conventional Weapons Which May be Deemed to be Excessively Injurious or to have Indiscriminate Effects as amended on 21 December 2001 (Convention on Certain Conventional Weapons – CCW).

<http://www.unog.ch/disarmament/>

CCW-Protocol on Prohibitions or Restrictions on the Use of Mines, Booby-Traps and other Devices as amended on 3 May 1996 (Protocol II as amended on 3 May 1996).

CCW-Protocol on Explosive Remnants of War (Protocol V).

Geneva Conventions I–IV, 1949.

Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and Relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts (Protocol I).

Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and Relating to the Protection of Victims of Non-International Armed Conflicts (Protocol II).

Hague Convention IV Respecting the Laws and Customs of War on land, 1907.

Statute of the International Court of Justice – June 26, 1945.

Statute of the International Criminal Court – July 17, 1998.

Statute of the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia, 1993.

St. Petersburg Declaration Renouncing the Use, in Time of War, of Explosive Projectiles Under 400 Grammes Weight, 1868.

